



Joint venture edo elkarren arteko enpresen kontrola, lehia babesten duen Zuzenbide Komunitarioan

(Control of joint ventures in Community Law on defence of competition)



ALTZELAI ULIONDO, Igone

Unibertsitate zuzendaria
Eusko Jaurilaritza
Donostia kalea, 1
01010 Vitoria-Gasteiz
huisduni@ej-gv.es

BIBLID [1137-1951 (2002), 9; 5-23]

Enpresen arteko harremanak garatzeko, izaera askotako formulak erabili ohi dira eta era desberdineko lankidetzak nahiz kontzentrazio-moduak burutu ere. *Joint venture*, *filial komun* edo *elkarren arteko enpresak* horien erakusleatariko bat dira. Gainera, azken garaitan, hedapen itzela izan dute eta izaten jarraitzen dute. Horrek ikerketarako interes handia piztu du zientzia ekonomiko eta juridikoengan. Lan honi dagokionez, aspektu ekonomikoak leku gutxi hartzen du. Batik bat, merkatuko lehia babesten duen zuzenbidearen ikuspegitik aztertzen da fenomenoak. Halaber, bigarren oharpen bat ere egin beharra dago: zuzenbide komunitarioaren azterketa egiten dela, alegia. Ulertzekoa, nola ez, Europar Batasuneko estatuengan eta merkatu horretan jarduten duen subjektu ororengan duen garrantzia dela eta.

Zas alianzas entre empresas se desarrollan bajo fórmulas de muy diversa naturaleza, que pueden dar lugar a modalidades distintas de cooperación o concentración. Las *joint ventures*, *filiales comunes* o *empresas en participación* son una de ellas. Constituyen una figura que en los últimos tiempos ha gozado y sigue gozando de enorme difusión. De ahí el interés que suscita para su estudio entre las ciencias económicas y jurídicas. En este trabajo, la perspectiva económica ocupa un breve espacio y, en cambio, el fenómeno se analiza más detalladamente desde el punto de vista del Derecho de defensa de la competencia. Además hay que hacer una segunda advertencia y es que se centra en el Derecho comunitario, habida cuenta de su importancia, tanto para los Estados miembros de la Unión Europea, como para los operadores económicos que participan en ese mercado.

Zes alliances entre entreprises se développent sous des formules de nature très diverses, qui peuvent donner lieu à des modalités différentes de coopération ou de concentration. Les *joint ventures*, *filiales communes* ou *entreprises en participation* sont l'une d'entre elles. Elles constituent une figure qui, dernièrement, a joui et continue de jouir d'une énorme diffusion. D'où l'intérêt que son étude suscite parmi les sciences économiques et juridiques. Dans ce travail, la perspective économique occupe un court espace et, en revanche, le phénomène peut s'analyser plus en détail du point de vue du Droit de défense de la concurrence. De plus, il faut faire un second avertissement axé sur le Droit communautaire, en tenant compte de son importance, aussi bien pour les Etats membres de l'Union Européenne, que pour les opérateurs économiques qui participent à ce marché.

1. Sarrera. 2. Elkarren arteko enpresek merkaturko sistema ekonomikoaren funtzionamenduan duten eragina. 3. Lehia babesten duen Zuzenbide Komunitarioan izandako jarrera desberdinak: 3.1. Ikatz eta altzairuaren Europako Erkidegoaren Hitzarmena kasu. 3.2. Europako Ekonomia Erkidegoaren Hitzarmena eta bere isiltasuna enpresa-kontzentrazioen inguruan. 3.3. Elkarren arteko enpresen kalifikazioa, Enpresa-Kontzentrazioen Kontrolerako (EEE) 4064/89 Erregelamendua. 3.4. Elkarren arteko enpresen sailkapen berria, (EE) 1310/97 Erregelamendua ezarritakoa. 4. Ondorioak.

1. Sarrera

Idazlan honen helburua da, azken urteotan, eta bereziki nazioarte mailan, ugari zabaldu izan den fenomeno bat aztertzea, alegia, *joint venture* izenez ezagutzen dena¹. Albiste ekonomikoen artean, ia egunero entzuten ditugu enpresen arteko kontzentrazioak, fusioak, aliantzak eta bestelako lankidetzaren planen ingurukoak. Aztertzeragoazen *joint venture* edota *elkarren arteko enpresa*² mundu horretan kokatzen dira. Oso figura interesgarria da enpresen artean lotura estuagoak nahiz lasaigoak gauzatzeko. Hala egiten da oso sarri, sozietate eta bestelako kontratu-mota anitz erabiliaz. Esan beharra dago, elkarren arteko enpresak sortzea oso zabaldua dagoen zerbait dela. Europar Batasunean, esate baterako, burutzen diren kontzentrazio-eragiketen erdia, gutxi gorabehera, modu honetan egiten da³. Baina oso mekanismo erabilia da mundu osoan zehar. Estatu Batuetan sano zabaldua baldin badago ere, gauza bera gertatzen da beste herri askotan eta, zer esanik ez, nazioarte-mailan. Estatu desberdinetako enpresen artean loturak ezartzeko guztiz aproposa da. Gainera, formula bereziki erakargarria da, atzerriko inbertsioak erakarri nahi dituzten herrialdeetan aplikatzeko, edota planifikatutako ekonomiatik merkaturko ekonomiarantz urratsa eman nahi dutenentzako⁴.

Fenomenoak, beraz, atentzioa bizten du alde askotatik. Interesgarria da, eremu ekonomikoan. Enpresek emaitza hobekoak lortzea eta merkaturan leku handiagoa hartzea ahalbidetzen du. Baina, ikuspegi juridikotik ere, badu interesik. Argi dago baltzu edo sozietateen zuzenbideak izan dezakeen interesa fenomeno hau ikertzeko. Hemen, gainera, bereziki sozietate-taldearen zuzenbidea aipatu beharra dago. Baina, zuzenbideko beste atal batzuentzako ere, erakargarria da fenomenoak, adibidez, zerga-zuzenbidearentzako eta, zer esanik ez, enpresen arteko lehia babesten duen zuzenbidearentzako. Merkaturakin batean, lehiakide diren enpresa batzuek elkarren artean kontrolatutako filial bat sortzen baldin badute, beren arteko lehia nabarmenki murriztuko da eta, egoera horri, erantzunen bat eman beharko zaio.

Horixe izango da, hain zuzen ere, lan honen edukia. Enpresa batzuek, elkarren artean, beste enpresaren bat (edo gehiago) eratzearen aurrean, nola erreakzionatzen du merkaturko lehiaren zuzenbide babesleak? Zer egin daiteke eremu honetatik? Nola galarazi enpresen arteko lotura hauek merkaturko lehiari egin diezaioketen kaltea? Lehenbailehen esan behar da, planteatutako arazoak ez duela konponbide errazik. Beste modu batean adieraziaz, esan daiteke ere, lehiaren zuzenbidean aurkitzen den problema zailenetakoa bat dela⁵.

Europar Batasunean, merkaturko lehia babesteko eman izan den arau-multzoak sistema juridiko bat osatzen du, erregela, irizpide eta printzipio propioak dituen. Sistema hau lau zutaberen gainean oinarritzen da. Lau dira lehiarentzako kaltegarritzat hartzen diren egitateak⁶:

1. Kartelak eratzea, hau da, enpresek hitzarmenak nahiz bestelako konponketak egin, elkarren arteko lehia murriztu edo saihestearren.
2. Merkaturan egoera menperatzailea edo hegemonikoa duen enpresak abusu egitea.
3. Enpresa-kontzentrazioak.
4. Enpresei ematen zaizkien laguntza publikoak.

1. Espresio honen jatorria ingelesa da. Bada 1599.eko zedula bat Londresen *Association for Merchant Adventurers* izeneko erakundearen sorrera jasotzen duena. Garai hartan, merkataria edota jaun abenturazaleak (*Merchant Venturers, Gentlemen Adventurers*) elkartu egiten ziren eragiketa komertzial arriskutsuak burutzeko, bereziki itsasozko garraioren bat egitea eskatzen zutenean.
2. *Elkarren arteko enpresa* izena erabiliko dugu, euskaraz *joint venture* esateko. Beste hizkuntza batzuetan erabili ohi diren terminoak honako hauek dira: *empresa conjunta, empresa en participación, filiale commune, Gemeinschaftsunternehmen* ... Dena den, ingelesezko izena oso errotua dago nazioarte mailan eta ia hizkuntza gehienetan.
3. Ikus 2000. urteko Komisioaren XXX. Lehiaketa-politikaren txostena. 5. Grafikoa enpresa-kontzentrazioen eredu desberdinak agertzen ditu. 1993 eta 2000. urte bitartean burutu izan diren enpresen artean, %46 elkarren arteko enpresak izan dira (elkarren artean kontrol-hartzeak); %39, enpresen gehiengoan kontrol-hartzeak; %9, OPAk eta %6 bestelako eragiketak.
4. AGUILO, *En torno a la joint venture*, RGD, 1988, 5813. orr. e.o.; BOOTH/KAMMEL, *Las "joint ventures" en la gestión de la reconversión de empresas en la Europa del Este*; El 308 (1996) 111. orr. e.o.; WANG, *Monopole und Wettbewerb in der chinesischen Wirtschaft*, 1993, 26. orr.
5. Hala diote gai hau jorratu duten zenbait autore ospetsuk. Ik. EHLMANN, *Die europäische Fusionskontrolle – erste Erfahrungen*, WuW, 1991, 539. orr.: "eines der schwierigsten Probleme in der Anwendung der Fusionskontrollverordnung"; HAWK, *Joint Ventures under EC Law*, FCLI, 1991, 557. orr.: "The antitrust analysis of joint ventures is one of the most difficult issues in antitrust law".
6. Espainiako zuzenbidean bosgarren supostu bat eranstean da: egintza desleialen bidez merkaturko lehia murriztea edo suntsitzea. Ik. Lehia babesteko legearen 7. art. (*Ley de defensa de la competencia*).

Baina, lehiarentzako arriskutsuak diren egoera hauen aurrean, zuzenbideak ez du modu berean erantzuten. Lehenengo biak, hau da, kartelak eta egoera menperatzailearen abusua, *per se* debekatu egiten ditu. Kartelen kasuan, batzuetan, zenbait baldintzapean, posible da debekua altxatzea baimen bidez⁷. Baina hauek salbuespenezko kasuak dira. Salbuespena aplikatzeko, baldintza jakin batzuk bete behar dira. Erregela orokorra, beraz, debekuarena da.

Enpresa-kontzentrazioak eta laguntza publikoen ematea, berriz, beste nolabait ikusten dira. Hauek ere lehiarentzako ondorio arriskutsuak ekar ditzakete. Baina, oro har, ez dira horren kaltegarritzat hartzen. Zenbait kasutan, enpresen eraginkortasunerako komenigarri ere badirela uste da. Horregatik, printzipioz, ez dira debekatzen. Dena den, enpresen arteko lehiagan izan ditzaketen ondorio txarrak direla eta, autoritate administratiboen kontrolpean jartzen dira, badaezpada. Beraz, kontrolpean bai, baina debekupean ez daude, eta hori bada nahikoa abantaila aurrekoekin konparatuz gero.

Arestian azaldutako sailkapenean ez da elkarren arteko enpresen kasurik aipatu. Ez da ageri debekatutako supostuen artean, ez eta kontrolpekoen artean ere. Zer dela eta? Elkarren arteko enpresen kasuak lehiaren zuzenbidean dagoen arazorik konplexuenetako bat planteatzen du, alegia, *kontzentrazioa* (metaketa ekonomikoa) eta *konzertazioa* (kartela) bereiztearena. Bi figura hauen arteko bereizketa ez da beti erraza eta garbia izaten. Testuinguru honetan, elkarren arteko enpresek lehiarentzako kaltegarri diren ala ez erabakitzeak zailtasun handiak planteatzen ditu. Bertan aurki daitezke kontzentrazioaren nahiz konzertazioaren elementu tipikoak, batenak eta bestearenak. Baina figura bi hauen eraientza eskluientea da. Hau da, sistema planteatuta dagoen moduan, enpresen arteko aliantza batek ezin du kalifikazio bikoitzik jaso. Ezin da kartela eta, aldi berean, kontzentrazioa izan. Bata debekatuta dago eta bestea, berriz, ez. Beraz, bata ala bestea den erabaki beharko da, kasuari dagokion eraientza aplikatzeko.

Hau da, hain zuzen, gure lanean aztertuko dugun gaia, betiere europar zuzenbide komunitarioaren ikuspegitik. Gai honen inguruko kezka

berezia izan dute aspaldidanik eta dute oraindik, gaur egun ere, Europako instituzioek. Ikusi besterik ez dago Kontzentrazioen kontrolari buruzko erregelamenduan egin izan diren berrikuntzak eremu honetan⁸. Dena den, europar zuzenbide komunitarioaren erreakzioak aztertu aurretik, fenomeno honen azterketa ekonomiko-juridiko orokorra egingo dugu.

2. Elkarren arteko enpresek merkatuko sistema ekonomikoaren funtzionamenduan duten eragina

2.1. Merkatuko ekonomia eta lehia askea

Gutiz ezagunak diren arren, abiapuntu bezala, jorratuko dugun gaiaren inguruko ideia multzo bat gogoratuko dugu lehendabizi. Esate baterako, denok dakigu onartua dagoela merkatuko sistema ekonomikoak, botere publikoen aldetik, nolabaiteko eskusartzea beharrezko duela. Horretara bideratzen dira zenbait tresna, politika ekonomikoa burutzero, hala nola: politika monetarioa eta fiskala, gobernuaren parte-hartzea merkatu jakin batzuetan, ingurugiroko politika, lanarena, industrial, lehiarena, e.a.

Ekonomian esku-sartzearen inguruan, liberal klasikoen ideiak aspaldi gairitu ziren. *Laissez faire, laissez passer* eta merkatuko indarrak orekatzen dituen *esku ikusezina* merkatuko askatasuna eta funtzionamendu egokia bermatzeko gai ez direla, nahiko frogatuta dago. Beraz, gaur egun, liberalenek ere, merkatuan gutxienezko kontrolen bat ezartzea beharrezkotzat jotzen dute. Adibidez, Chicagoko Eskolako liberalek⁹ botere publikoen parte-hartzea ametitzen dute, bereziki bi helburu babestearren: kontsumitzailearen ongizatea eta efizientzia ekonomikoa. Beste batzuk, aldiz, *ordoliberalak* esaterako¹⁰, urrutirago joaten dira eta merkatua ordenatzearen beharra sentitzen dute. Edozein kasutan, batzuek eta besteek, ordena ala nolabaiteko kontrola, merkatuko askatasuna babesteko egin behar den zerbait bezala

7. Baimena lor daiteke, modu bananduan, interesdunaren eskariz, edota erregelamendu bidez. Badira erregelamenduak kategoriaz zehatz bateko harreman komertzialak, lehiaren aurkakoak izan arren, bestelako abantaila ekonomikoak dituztelako baimendu egiten dituztenak. Baina baimen indibidualak baditu zenbait eragozpen. Denborazko mugarekin ematen dira, nahiz eta, epea iragan ondoren, berritzea eska daitekeen. Bestalde, emandako baimena ez da irmoa, erreboika dezake administrazioak, baldin eta hasierako baldintza egokiak aldatu egin direla ikusten badu.
8. Ikus (CEE) 4064/89, enpresa-kontzentrazioen kontrolari buruzko Erregelamendua aldatzen duen (CE) 1310/97 Erregelamendua, 1997-06-30eko.
9. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5. ed. 1998, 293 e.o.; BORK, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, 1993; FRIEDMAN, *Capitalismo y libertad* 1966, 46. or: "La función del Estado consiste en hacer algo que por sí sólo el mercado no puede hacer: determinar, arbitrar y hacer cumplir las reglas".
10. II. Munduko Gudaren ostean, Alemanian sortutako korrantea da eta *ORDO* izeneko aldizkaria dute beren ideien argital-leku. Merkatuko ekonomia soziala proposatzen duten Freiburg-eko Eskola honetako autore aitzindarien artean aurkitzen dira: BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf* 1933; RÖPKE, *Die Gesellschaftskrisis der Gegenwart*, 1942; EUKEN, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, *ORDO* II (1949).

ikusten dute. Eragile ekonomikoen jarduera kontrolgabeak abuserako joera du eta oinarritzko askatasun hori suntsitu egin dezake. Horregatik dagokie botere publikoei, zentzu honetan, politika ekonomikoa egitea. Dena den, azken aipaturiko korranteak harago joatea proposatzen du, alegia, helburu jakin batzuei mesede egingo dien marko juridikoa zehaztea. Marko honekin ez da soilik merkatuaren funtzionamendu egokia babestu nahi. Horretaz gain, ekonomia justua eta orekatua izatea nahi da, eta interes orokorreko beste helburu batzuk burutzea ere bai.

2.1.1. Merkatuko ekonomia-sistemaren helburuak

Ekonomia gizartearen euskarri izanik, oraintxe aipatu berri ditugu merkatuko sistema eraikitzeke bi eredu. Bakoitzak helburu desberdinak hartzen ditu aintzat eta hauek, noski, eragina izango dute merkatuaren inguruan egingo den arauketan. Hala ere, bada funtsezko premisa bat, merkatuko ekonomian oinarritzkoa dena, merkatuan parte hartzen duten subjektuen (eskatzaile nahiz eskaintzaileen) ongizatea maximizatzean datzana. Hasierako honi beste batzuk gehitu ohi zaizkio, esate baterako: baliabide urrien erabilpena eta banaketa efiziente egitea eta, baliabide horien aprobetxamendu hobea lortzeko, teknika berrien garapena bultzatzea. Helburu hauek merkatuan parte hartzen duten subjektuen artean lehia izatea eskatzen dute. Lehia egonik, merkatuan leku hobea lortzeko borroka egingo dute, eta modu efizienteenean jarduten dutenek lortuko dute leku hori. Hauxe izango da beren jokabide efizientearen ordaina.

Baina oinarritzko helburu hauei bestelako asmo politiko-ekonomiko eta sozialak gehitzea ere posible da, adibidez: aberastasunaren banaketa, egonkortasun ekonomikoa, gizartearen gutxieneko ongizatea, e.a. Hala gertatzen da Europar Batasunean. Halako helburuak jasotzen dira Europako Ekonomia Erkidegoaren jatorrizko hitzarmenean, bai eta Amsterdamen eginiko azken berrikuntzan. 2.artikuluak aintzat hartzen ditu honako helburuak: merkatu komuna ezartzeara; batasun ekonomikoa eta monetarioa burutzea; garapen orekatu eta euskorrearekin, inflazioa galaraziaz; enplegu-maila eta babespen sozial altuak izatea; emakume eta gizonezkoen arteko berdintasuna bermatzea; ingurugiroa babestea; bizitza-maila igotzea; kohesio ekonomiko eta soziala, eta Estatuen arteko solidaritatea bultzatzea.

Noski, helburu hauek guztiak uztartzea ez da erraza. Efizientzia eta lehiakortasuna ez dira beti bat etortzen beste horiekin, ez bakarrik helburu politiko eta sozialekin, zenbaitetan ezta helburu ekonomiko batzuekin ere. Adibidez, efizientziak kostuen minimizatzea eskatzen du eta, ondorioz, enpresa txiki ugari izan ordez, enpresa handiak garatzeko joera nagusitzea gerta daiteke. Baina joera honek ez du alde onik bakarrik. Enpresen metatzeak, kontzentratzeak, eta negozioen integrazioak merkatu bateko lehiakide-kopurua gutxitzea dakar. Hona hemen, beraz, helburu edo interesen arteko lehenengo gatazka: zerk izan behar du lehentasuna, efizientziak ala lehia bermatzeko subjektu-kopuru nahikoa existitzeak? Adibide honen alboan beste asko aipa daitezke, zer esanik ez, efizientzia nahiz lehiakortasuna eta helburu politiko-sozialak kontrajartzen dituztenak.

Lehia babesten duen arau-sistema, gatazka hauei irtenbidea ematen saiatzen da. *Antitrust* edo *antikartel* deituriko legeen helburu nagusia zera da: lehia askearen gainean oinarritutako merkatuko sistema ekonomikoa eraikitzea. Gero, gainontzeko helburu ekonomiko eta sozialak, lehia hutsarekin lortu ezin direnak, modu bananduan tratatzen dira, usu, sistemari salbuespen egiten dioten arauak emanez. Orduan, sistema ekonomikoaren efizientzia beste politika publiko batzuetan erabakitakoaren menpe ere geratzen da, neurri batean, behinik behin.

Araudi hau guztia autoritate administratibo bereziek edota judizialek interpretatu eta aplikatzen dute¹¹. Beraz, honek hurrengo galdera egitea eramaten gaitu: berauei al dagokie *antitrust* arau hauen atzean gordetzen diren interes eta helburuen ponderazioa egitea? Erantzunak ezezkoa izan behar du. Lehiari buruzko araudiak berekin dituen lehentasunak eta salbuespenak ezartzea legegileari dagokio, eta ez legea aplikatzeaz arduratzen diren instantziei. Hark saiatu beharko du araudia argitasunez eta zehaztasunez formulatzen. Bestela, autoritate hauei erabaki politikoetan parte hartzeko aukera ematea litzateke eta, ondorioz, erregulaziorako ez duten ahalmena onartzea. Horregatik, arbitrariedadea ekiditearren, helburu ekonomiko, politiko eta sozialak eta hauek sor ditzaketen gatazken inguruko konponbideak legegileak aurretiaz finkatu behar ditu. Legegileak aintzat hartu beharko ditu eta egokien ikusten duena erabaki, arauak egiterakoan. Gero, autoritate epaileek emandako arauak aplikatzeaz arduratuko dira eta, gehienez egin ahal izango dutena arauen interpretazio teleologikoa izango da, hau da, erabakia hartzerakoan, arauak atzean gordetzen dituzten helburuen arabera interpretatzea.

11. Autoritate administratiboa Europako Batasunaren kasuan Komisia da, Espainiako kasuan, berriz, "Tribunal de Defensa de la Competencia" eta "Servicio de Defensa de la Competencia" dira, nahiz eta 1/2002, otsailaren 21.eko Legearekin, erkidego autonomoek beren instantzia propioak izatea onartu berri den. Gero, instantzia administratibo hauetan erabakitakoaren aurka egiteko, beti dago bide judizialera jotzeko aukera.

2.1.2. Lehia idealaren eredua

Merkatuko lehia arautzearekin batera planteatzen diren helburu eta gatazkak zer-nolakoak izan daitezkeen ikusi dugu. Ondoren, berriz, merkaturako sistema ekonomikoaren izatea eta jarraitzea bermatzeko beharrezkoa den lehiaren eredua aztertzeari ekingo diogu. Abiapuntu bezala, orain arte esandakotik honako ideia hau erazten da: lehia babestu beharreko ondasuna da, aipaturiko helburuak lortzeko tresna baita. Desiragarria da, lorpen hori ahalbidetzen duen neurrian. Beraz, gauza ez da, besterik gabe, *lehia perfektuaren eredua* hartu eta hori gauzatu nahi izatea. Merkaturako sistema ez da horren gainean eraikitzen. Garai bateko ekonomialariek aldarrikatzen zuten eredu hau erabat gaitortuta dago. Paradigma teoriko huts bat besterik ez da, merkaturako errealtate enpirikotik at dagoena. Eredu honek, beraz, ez du existitzen den errealtate ekonomikoa epaitzeko parametro egokirik eskaintzen¹². Horren ordeztu, parametro edo irizpide horiek ezartzeko, zera egitea proposatzen da: egungo efizientzia-maila zehaztea eta etorkizunean nola gehitu ahal izango den ikustea.

Behin azaldutako ondorioa iritsiz gero, ikus dezagun nola zehaz daitekeen lehiaren efizientzia-maila. Nola egiten da hori? Ez da erraza. Lehenik eta behin, esan behar da, efizientzia ez dela subjektu bakoitzak bere baliabideak ahalik eta gehien erabiltzearekin parekatu behar. Enpresa batek lasai asko erabaki dezake egin beharreko ahaleginak mugatu egingo dituela, bere baliabide guztiak ez dituela erabiliko merkaturan lehiatzeko, beti ere, estrategia horrekin, berak finkatu nahi izan dituen irabaziak eskuratzeko lortzen baldin badu. Kasu horretan, ezin da esan bere jokabidea lehiakorra eta efizientea izan ez denik. Efizientea ba da, emaitza onak lortzea ekarri diolako.

Beste adibide bat jarriko dugu. Monopolio-egoera merkaturako enpresarik lehiakorrena eta efizienteena izatearen ondorio izan daiteke, lehiak "onena" saritu duenaren zeinu, alegia. Hala da, baina fenomeno hau gerta badaiteke ere, ez da pentsatu behar babestu eta sustatzeko modukoa denik. Esperientziak behin eta berriz agertzen du nola egoera hauek ez duten gero desio den moduan eboluzionatzen, hau da, efizientziako irizpideen arabera. Merkaturan gailentzea lortutakoa, lasaitasuna dator, inongo lehiakidek ez baitu alerta egotera behartzen. Orduan, gainera, lortutako egoera menperatzaileaz abusu egiteko arriskua eta joera nabarmenak dira.

Aurkeztu diren adibide hauekin zera adierazi nahi da, ia ezinezkoa dela merkaturaren parte hartzen duten subjektuen portaerak nolakoak izan behar duenaren eredu zehatz bat finkatzea. Horregatik, nahiago da lehia zerbait dinamikoa dela ulertzea. Lehia desberdina izango da leku, une eta sektore ekonomiko bakoitzean. Beraz, babestu beharreko lehia ez da lehia perfektua, *lehia efektiboa eta funtzionala* baizik (*workable, funktionsfähiger*) eta *efizientea* gainera (*effective, wirksam*)¹³. Horrek esan nahi du merkatu konkretu bakoitzean giro dinamikoa egon behar duela, subjektuen etengabeko desafio eta erantzun edo erreakzioekin. Lehia horrela ulertzeak ahalbidetuko du merkaturako sistema ekonomikoaren funtzionamendua, garapena eta iraunkortasuna.

2.2. Enpresen arteko loturen analisi ekonomiko-juridikoa

Errealtatea aztertzeak erakusten digu enpresek elkarren arteko loturak burutzeko joera izaten dutela, merkaturaren egoera indartsua lortzearen. Hala egiten dute enpresa txikiak eta handiak. Azken hauek ez dira daukatenarekin konformatzen, gehiago nahi izaten dute, beste arrazoi batzuen artean, beren egoera epe luzera sendotzeko. Enpresek merkaturaren indarra hartzea ez da berez galarazi beharreko zerbait. Baina bistatan da sustatu beharrekoa ere ez dela, lehiaren-tzakako ekar ditzakeen arriskuak direla eta.

2.2.1. Enpresen haziketarako eta lotura estrategikoak garatzeko joera

Enpresek gero eta unitate ekonomiko handiagoak osatzeko joera izaten dute. Hala gertatzen da, sarritan, baliabideen kudeaketa zuzendaritza bakar baten azpian egiteak etekinen gehitzea ekartzen baitu (*gorantzako etekinen eskalak*)¹⁴. Helburu honekin eta, betiere, merkaturako posizioa sendotu eta areagotzearen, enpresek beren artean estrategia ugari burutzen dute. Aukeratzen dituzten konpromisoak forma juridiko anitz hartzen dute: sozietate itxura (edozein sozietate-mota), kontratu-mota desberdinak... Helburuak, era askotakoak izan ohi dira: produktu berri baten sortzea, kotamertizazioa, ikerkuntza eta teknologia garatzea, merkatu berrietan sartzea, e.a. Azkenik, lotura-maila ere estuago ala malguagoa izan daiteke. Azkeneko irizpide honen arabera, hau da, enpresek konpromisoak hartu ondoren, beren independentzia ekonomikoa galdu

12. ROBINSON, *Economía de la competencia imperfecta*, 1973; SCHUMPETER, *Historia del análisis económico*, 2. ed. 1982; CHAMBERLIN, *Teoría de la competencia monopolística*, 2. ed. 1956.

13. EMMERICH, *Kartellrecht*, 6. ed. 1991, 1. or.; FIKENTSCHER, *Recht und Wirtschaftliche Freiheit I*, 1992, 7. or.

14. SAMUELSON/ NORDHAUS, *Economía*, 16. ed. 1999, 104.or. Ondorio hau ez da beti gertatzen. Alderantzizkoa ere jazo daiteke, jardura ekonomikoaren gehitzeak bere mugak dituelako. Enpresaren tamaina gehitzeak inefizientziak sor ditzake (adib. kontrol eta gestio-kostuen gehitzeagatik) eta, ondorioz, etekinak gutxiagotzea ere gerta daiteke (*beherantzako etekinen eskalak*).

ala gordetzen dutenaren arabera sailkatuko ditugu euren arteko estrategiak.

A. LANKIDETZARAKO AKORDIOAK

Ekonomikoki elkarren artean askeak diren enpresak batu egin ohi dira, beren burujabetza ekonomikoa galdu gabe. Elkartze hauen arrazoiak izan daitezke etekin hobeagoak eta efizientzia-maila handiagoa lortzea. Hala egiten da, esate baterako, banaketarako sareak antolatzean, esportaziorako akordioak hitzartzean, teknologia-ren transferentzietan, ikerketa eta garapenerako akordiotan, publizitaterako lankidetzaitunetan, e.a. Hauetan guztietan sinergien aprobetxamenduak efizientzia tekniko eta ekonomikoa gehitzea dakar eta, ondorioz, emaitza hobeagoak lortzea.

Baina bada enpresek erakartzeko izaten duten beste helburu bat, lankidetzaren hutsa baino areago doana. Usu, beren merkatuko jarduera koordinatzea nahi izaten dute, hau da, elkarren arteko lehia murriztea, baita ezabatzea ere, edota, merkatu jakin batean, lehiakide berriak sar daitezkeen oztopatzea edo galaraztea. Hauek, noski, ez dira helburu zilegiak. Merkatuko lehian oinarritzen den sistemaren aurka egiten dute. Baina beti ez da erraza izaten lehen taldeko eta bigarren honetako portaeren arteko muga ezartzea. Batzuetan ez dago garbi non amaitzen den lankidetzaren eta non hasten den *lehiatzeko portaeraren koordinatzea*. Gainera, bestalde, agian lehiaren-tzako kaltegarria den itun batek izan ditzake ondorio ekonomiko interesgarri batzuk ere: garapen teknologikoa, esportazioen gehitzea, kontsumitzaileentzako abantailak, e.a.

B. INTEGRAZIORAKO AKORDIOAK

Beste kasu batzuetan, enpresek hartzen dituzten konpromisoak estuagoak izan daitezke. Erabaki dezakete beren askatasun ekonomikoa galtzea, enpresa partaideak zuzendaritza bateratu baten azpian ipintzea. Honi *integrazio ekonomikoa* edo *kontzentrazioa* deitzen zaio. Baina lotura hauek ere modu desberdinean burutu daitezke: enpresek beren nortasun juridikoa galduaz (sozietateen fusioaren kasua) edota enpresek beren nortasun juridikoari eutsiaz (adib. enpresa-taldekak, enpresen gaineko kontrol-hartzeak, elkarren artean sortutako enpresak). Guztiek dute zer bait komuna: estrategia hauetan parte hartzen duten subjektuengana erabakiak hartzeko egitura aldatu egiten da. Aurrerantzean erabaki ekonomikoak ez ditu bakoitzak erabat modu askean hartuko, nahiz eta formalki parte-hartzaileen nortasun juridikoak aldaketarik jasan ez.

C. ELKARREN ARTEAN SORTUTAKO ENPRESAK

Azkenik azalduko dugun eredu hau, aurreko bien arteko konbinaketa izan daiteke. Horregatik ez da beti erraza izaten erabakitzea,

batzuen artean sortutako enpresa lankidetzakoa ala integrazioakoa ote den. *Filial komun* edo *elkarren arteko enpresa (joint venture)* guztietan bada errepikatzen den elementu bat: merkatuan parte hartzen duten enpresa batzuek beste enpresa bat kontrolatzen dute elkarrekin. Hortik aurrera, modu desberdinean antola daiteke.

Batetik, gerta daiteke, *joint venture* delakoaren sorreran parte hartzen duten enpresek beren autonomia ekonomikorik batere ez galtzea. Ituna egin dezakete, estu xamarra, baina lankidetzarako besterik gabe. Partaideek ez dute beren erabaki ekonomikoetarako egituraren inongo aldaketarik nahi. Beraz, ez dute autonomiarik galtzen eremu horretan. Adibidez, nahiko arrunta izaten da produktuen birsaltzea egiten duten enpresa txiki anitz elkartzea. Erosketak egiteko zentralak osatzen dituzte, baina gero bakoitzak merkatuan modu bananduan funtzionatzen du. Horrekin zera lortu nahi dute, hornitzaileengandik baldintza komertzial hobeak lortzearen, presio egingo duen erakunde indartsuago bat eratzea. Hala gertatzen da, esate baterako, farmazien kasuan. Beren hornitzaile diren enpresa farmazeutiko botereetsuen aurrean indar egiteko elkartu egiten dira.

Baina, bestetik, gerta daiteke ere, partaideek integrazio-maila apur bat nahi izatea. Egitasmoa izan daiteke, elkarren artean enpresa bat sortzea, hau da, merkatuan ondasun edo zerbitzuak eskaintzeko entitate propioa izango duen erakunde bat. Demagun auto ekoizle diren bi enpresa prest daudela elkarrekin kamioi berri baten ekoizpena aurrera eramateko. Orduan enpresa batzuek (kasu honetan auto-ekoizleek) batera parte hartuko dute beste baten kontrolean (kamioiak ekoiztuko dituen enpresa berrian). Kasu honetan prest egongo dira autonomia galtzeko, enpresa berriak izango duen jarduera ekonomikoari dagokion eremuan (kamioien merkatuan). Baina, partaideek burutzen dituzten gainontzeko jardueretan (autoen ekoizpenean), kontrol propioa izateari eutsiko diote.

Bata eta bestea, biak dira *joint venture*: enpresa batzuek beste baten kontrolean parte hartzen dute elkarrekin. Baina kasu batean eta bestean partaideen arteko lotura-maila ez da berbera. Lehenengoan, ia lankidetzaren hutserako akordioa besterik ez da. Partaideen autonomia ekonomikoa ez da ukitzen. Beren jarduera ekonomikoa nola antolatu eta merkatuan nola aritu, beraiek erabakiko dute. Bigarrenean, berriz, maila batean, integrazioa edo kontzentrazioa egiten dute. Elkarren artean enpresa bat kontrolatzeko akordioa burutu ondoren, partaideek ez dute beren autonomia ekonomikoa erabat galtzen, baina bai neurri batean. Elkarrekin kontrolatuko duten enpresak jarduera bat eskainiko du merkatuan, beste batzuekin lehiatu beharko du eta, eremu horretan, erabaki ekonomikoak enpresa-matrizeek elkarrekin hartu beharko dituzte. Hor, partaideek ezin izango dute modu autono-

moan jokatu. Horretan datza beren konpromisoa. Baina, merkatuan burutzen dituzten gainontzeko jardueretan, ordea, beren buruaren jabe izango dira. Ez da, beraz, beren artean erabateko integrazio edo metaketarik (kontzentrazio) egingo.

2.2.2. Sistema ekonomikoarengan sortzen dituzten ondorioak

Lotura-mota hauek guztiek, beren egileen-tzat abantaila ekonomikoak ekartzen badituzte ere, lehiarentzako zenbait arrisku eta kalte sortaraz dezakete. Oro har, enpresek merkatuan botere handia izatea, gauza txartzat jotzen da, botere publikoek kontrolatu beharreko zerbait. Monopolioak merkatuko sistema suntsitzea dakar. Baina ez da erraza izaten enpresak edota enpresen arteko loturak noiztik aurrera gehiegizkoak diren erabakitzea. *Optimum* ekonomikoa enpresatamaina eta ekoizpen-prozedura desberdinekin lor daiteke, sektore ekonomikoen arabera. Ondoren azalduko dugu, arestian deskribatutako enpresen arteko loturek merkatuko sistema ekonomikoan, hau da, azken finean, bere oinarrian dagoen lehiagan, eragin ditzaketen ondorioak.

Merkatuko sistema ekonomikoak funtziona dezan, bertan jarduten duten enpresek elkarren aurka lehia egin beharra daukate. Horrela eutsi ahal izango zaio merkatuko jokoari. Esan izan den bezala, lehia hau ez da perfektua, baditu bere inperfekzioak. Zeren ondorioz sortzen dira? Batetik, enpresa-kontzentrazioen fenomenoak dago. Horren ondorioz, merkatu jakin batean jarduten duen enpresa-kopurua gutxitu egiten da. Baina hau ez da kausa bakarra, beste faktore inportante bat enpresen portaera ere bada.

Lehia existitzen den merkatuan, parte hartzen duten enpresek mozkinak maximizatu eta bertan iraun nahi baldin badute, adi egon beharra daukate. Hala ez bada, beren lekua galtzeko arriskua dute. Lehiakor eta efiziente izan behararren joko hau, noski, neketsua da eta, ekiditearren, enpresek elkarrekin "lan" egitea erabaki dezakete, elkarri lehiarik ez egitea, alegia. Honek inplikaturako enpresentzat onura interesgarriak ematen baditu ere, ikuspegi ekonomikoari so eginez, monopolioaren antzerako efektuak sortzen ditu¹⁵, adibidez: prezioen finkatzea, eskaintzaren murriztea, merkatuan sartzeko oztopoak ipintzea. Portaera hauek *kolusio* edo *kartel* izenez ezagutzen dira. Beren autoreek onurak lortzen dituzte, baina ez modu efiziente, merezimenduz, merkatuan eskaintzen dituzten baldintzak hobeago-

tzen dituztelako. Hori, beraz, babestu nahi den sistema ekonomikoaren aurkako zerbait da.

Kartelezko portaera hauen alboan bada beste fenomeno arriskutsu bat: enpresa-kontzentrazioa. Mundu globalizatu honetan, gainera, izugarri egin du gora eta ez du aurrekoaren balorazio negatiborik. Kontzentrazioarekin, usu, lehiakortasunaren irudia eman nahi da. Badirudi beste erremediorik ez dagoela multinazional handiekin lehiatu ahal izateko, merkatuek eskala mundiala hartu baitute. Hala lortzen da prezio merkeagoak eskaintzea, merkatu berrietan sartzea, ekoizkin berriak eskaintzea, teknologia garatzea, banaketa-kostuak aurrezteak, e.a.¹⁶. Hala da, neurri batean. Dena, ordea, ez da abantaila, bereziki lehiaren ikuspuntutik. Argi dago, metaketaren ondorioz, merkatuan aritzen den enpresa-kopurua murriztu egingo dela. Baina ez hori bakarrik, kontzentrazio-ko eragiketaren ondoren eskaintzaren aberastasuna galtzeko arriskua dago. Batetik, nork bermatzen du eskaintzaren gutxitzea etorriko ez denik, prezioen igoera artifiziaia eraginez. Bestetik, eskaintza txirotzearen arriskua ere hor dago: enpresek etekin gutxi ematen dituzten produktuak ekoizteari uzteko tentazio handiagoa izan dezakete.

Azkenik, *joint venture* kasuez mintzatuko gara. Estrategia hauek kartelen eta kontzentrazioen ezaugarriak barne bil ditzakete. Lehen esan bezala, batzuetan "lankidetzarako" intentzioarekin sortzen dira. Kasu hauetan, parte hartzen duten enpresen lehiatzeko portaera koordinatzeko arriskua, hau da, kartelizatzeko arriskua, nabarmena da. Bestean, berriz, maila bateko kontzentrazioa burutzeko egiten dira. Orduan, kontzentrazioen arriskuak izango ditu. Baina, kasu hauetan, enpresa sortu ondoren, eragiketaren autoreek beren autonomia ekonomikoa mantentzen duten arren, ez al diote elkar lehia egiteari utziko ala gutxituko? Beste arrisku hori ere ez da txantxetako.

2.2.3. Lehia babesten duen zuzenbidearen erantzuna

Lehiarentzat eta, era berean, ekonomiarentzat arriskutsuak izan daitezkeen enpresa-estrategia hauen aurrean, zuzenbideko neurriak ezartzen dira. Estatu Batuetako eta Europako sistemak konparatuz gero, egituraketan bat datozela ohar-tuko gara. Biek ezartzen dute zenbait portaerentzako debekua, nahiz eta, ondoren, erregela orokor horren salbuespenak ere arautu. Honi bigarren tresna juridiko bat gehitzen zaio, alegia, kontzentrazioen kontrola¹⁷.

15. SAMUELSON/ NORDHAUS, *Economía*, 16. ed. 1999, 178. or. e.o.; FISHER/ DORNBUSCH/ SCHMALENSEE, *Economía*, 2. ed. 1992, 294 e.o.

16. GALBRAITH, *El nuevo estado industrial*, 6. ed. 1974, 55.e.o.

17. AREEDA/ TURNER, *Antitrust Law II*, 1978, 6. e.o.; SULLIVAN, *Antitrust 1977*, 182. e.o.; FIKENTSCHER, *Recht und Wirtschaftliche Freiheit I*, 1992, 160. e.o.; IMMENGA/ MESTMÄCKER, *GWB Kommentar zum Kartellgesetz*, 2.ed. 1992, 45. e.o.

Debeku orokorrak bere barnean hartzen dituen portaerak bi motakoak dira: kartelak eta egoera menperatzailearen abusua. Dena den, lehenengoari eskainiko diogu arreta berezia, hura baita elkarren arteko enpresen inguruan bereziki eragiten duena. Kartelak (enpresen arteko itunak) eta kartelen ondorioz burututako praktikak debekatu egiten dira. Baina debekua ez da erabatekoa. Onartzen dira salbuespenak. Hala gertatzen da, lehiaren murriztapenak eragin gutxi duenean edota, lehia murriztu arren, enpresen arteko estrategia horrek beste abantaila interesgarri batzuk ekartzen baldin baditu ekonomiarentzat. Kasu hauetan araututako abantaila ekonomikoek paper berezia jokatzeko dute eta, horri esker, printzipioz debekatutako portaera baimendu egingo da. Europar sistemaren baimena lortzeko bi bide daude: dagokion erakunde administratiboaren aurrean banakako eskaera egitea, hark erabaki dezan, edota salbuespenezko kasuak arautzen dituzten erregelamenduez baliatzea.

Kartelez gain, kontzentrazioak daude. Baina hauek ez dira *per se* debekatzen, kontrolatu egiten dira. Kontrolerako prozedura ezartzen da, eta horren ondorioz erabakiko da eragiketak baimentzea merezi duen ala ez. Baina, printzipioz, araudiaren aldetik, eragiketa hauek ez dute balorazio ezezkorrik. Ikuspegi ekonomikotik begiratuta, ez da uste beti, sistematikoki, lehiarentzako kaltegarriak direnik. Horregatik, *debekatu* ordez, *kontrolatu* egiten dira eta, kontrolaren ondorioz, eragin kaltegarria atzematen zaienean, orduan erabakitzen da eragiketa hauen debekatzeta. Kontzentrazioaren egitasmoa dagokion instantzia administratiboari jakinarazten zaio eta honek erabakiko du merkatuarekin baterakorra ote den ala ez.

Joint venture edota elkarren artean kontrolatutako enpresak, lehen esan bezala, kartel eta kontzentrazioaren elementuak bil ditzake. Izaera bietako ezaugarriak ager daitezke mota honetako eragiketa batean. Batetik, sarritan gertatzen da bere inguruan kartelaren antzerako ondorio ezezkorrak antzematea. Baina, aitortu beharra dago ere, beste zenbaitetan ekonomia eta lehiakortasunarentzako efektu interesgarriak ekartzen dituela. Beraz, ia ezinezkoa da, kategorikoki, merkatuko sistemarekin bat ote datozen ala ez esatea. Kasu batzuetan abantailak izango dira nagusi, baina bestetan, ordea, desabantailak. Oro har, kasu konplexuak dira, azterketa berezia eskatzen dutenak. Edozein modutan, praktikan, eragile ekonomikoek lotura enpresarial hauen erabilpen handia egiten dutenez, komeni da bere zilegi eta ez-zilegitasunaren muga non ezarri behar den argitzea, edota, gutxienez, horretarako zenbait irizpide zehaztea. Horrek, noski, aurretiaz funtsezko beste urrats bat ematea eskatzen du: kartel eta kontzentrazio, bi nozioen arteko muga ezartzea.

3. Lehia babesten duen Zuzenbide komunitarioan izandako jarrera desberdinak

Lehiaren ikuspegitik, elkarren arteko enpresak kalifikatzeak berekin dituen zailtasunak begi bistakoak dira, gai honen inguruan emandako araudi komunitarioa aztertuz gero. Bertan, etengabe agertzen dira autoritate komunitarioek irizpide zehatzak finkatzeko egin izan dituzten ahaleginak. Enpresen arteko lankidetzak eta integrazio edo metaketa ekonomikoa sustatzeko tresna aproposa denez, maiz kartelaren eta kontzentrazioaren tarteko bezala agertzen da. Ondoren aztertuko dugu, gai honen inguruan, Europar Erkidegoko hitzarmenetatik eta erregelamenduetatik eman izan diren konponbideak. Horretarako metodo historikora jotzea ia ezinbestekoa zaigu. Horren arabera, ordena kronologikoa jarraituz, lau arauk markatutako lau aro bereziko ditugu. Arauak honako hauek dira:

- Ikatz eta Altzairuaren Europar Erkidegoaren Hitzarmena
- Europako Ekonomia Erkidegoaren Hitzarmena
- Enpresa-kontzentrazioen kontrolerako (EEE) 4064/89 Erregelamendua
- (EE) 1310/97 Erregelamendua

Bereziki EEE Hitzarmenari eta bere eremu-ko erregelamenduei so egingo diegun arren, interesgarria da ere Ikatz eta Altzairuaren Hitzarmena kontuan hartzea. Bertan aurkitzen dira, maila handi batean, aztertuko dugun figuraren gaur egungo arauketaren oinarriak.

3.1. Ikatz eta Altzairuaren Europar Erkidegoaren Hitzarmena kasu

Ordura arte European guztiz berritzailea zen oinarri sendo baten gainean eraiki zen Ikatz eta Altzairuaren Hitzarmena. Lehia-askatasuna mantentzeko bi tresna juridiko egokitu ziren. Batetik, kartel eta egoera menperatzaileen abusuen debekua ezarri zen. Baina, bestetik, enpresen hazkundea artifiziala kontrolatzeaz ere arduratu zen. Batzuetan enpresen hazkundea ez da era naturalean gertatzen, elkarren arteko metaketaren ondorioz baizik. Kasu hauen ugaltze kontrolik gabea galarazteko neurriak hartu ziren.

3.1.1. Aurrekin historikoak eta helburuak

Interesgarria da Hitzarmenaren sorrerako inguruabarrak aintzat hartzea. Hitzarmena ez zen inolaz ere kasualitatezkoa izan. Kontuan eduki behar da ikatza eta altzairua, garai hartan, sektore ekonomiko bereziki estrategikoak zirela eta, gainera, tradizioz oso kartelizatuta

eta kontzentratutakoak. Horrek azaltzen du, neurri handi batean, lehia babesteko hain ongi osatutako sistema eraiki izana. Ikatz eta Altzairuaren Hitzarmena (Paris, 1951-04-18) Munduko Bigarren Guda ostean egiten da¹⁸. Orduan mendebaldeko European bakea bermatu nahi da, horretarako, lankidetzak ekonomikoan oinarritutako Estatuaren arteko batasun sendoa eraikiaz. Hori da modu baketsuan antolatutako Europa eraikitzeke oinarria. Garapen ekonomikorik gabe ez dago bakerik eta, horretarako, beharrezkoa da merkatu komuna martxan ipintzea, gutxienez ekonomiaren eremu zehatz hauetan. Altzairu eta ikatzaren arlotako merkatu komuna, beraz, tresna bat da, hau da, beste interes (politiko, ekonomiko, sozial)¹⁹ batzuk lortzeko bidea.

Hitzarmenak Estatu batzuen arteko batasuna antolatzen du, organo batzuk ezarriaz: Goi Autoritatea, Justizia-Auzitegia, Ministro-Kontseilua eta Asanblada. Erakunde tekniko hauek Estatuak independenteak dira eta beregan zuzeneko botere obligatorioa dute. Merkatu komunaren funtsezko erregela zera da: ekoizpen-iturrietara heltzeko modua eta askatasuna izatea. Horrek bi printzipio elkar biltzea eskatzen du: batetik, eskaria eta eskaintzaren arteko joko librea eta, bestetik, diskriminazioaren debekua. Horiek ahalbidetzeko ezarriko dira dagozkien tresna juridikoak, esate baterako: Estatuak debekatu egiten zaie ikatz eta ekoizkin siderurgikoen gainean aduana-eskubideak ezartzea; debekatu egiten zaie ere, zirkulaziorako murriztapen kuantitatiboak ezartzea edota zenbait laguntza-publiko ematea; e.a. Horietako beste tresna bat merkatuko lehia babesteko neurriak osatzen dute. Estatuaren arteko trabak kentzeak ez du ezertarako balio, gero, ekimen pribatua garatzeko giro aproposik bermatzen ez bada.

Ikatza eta altzairuaren eremua industria astunez osatua dago. Bertan, integratziorako eta kartelizaziorako joera oso nabarmena da. Baina enpresak elkarren artean biltzeko fenomeno honi mugak jartzea ezinbestekoa bihurtzen da. Hala gertatzen da, elkartzeko inefizienteen ondorioz, enpresa efizienteak suntsitu ahal izateko arriskua galarazi beharra ikusten baita.

3.1.2. Europa mailan lehia babesteko lehen sistema

Azalduriko zioen lortzeko eraikitzen da, beraz, merkatu komunean lehia bermatuko duen arau-sistema oso bat, Goi Autoritateak²⁰ interpretatu eta aplikatuko duena. Araudi iraultzaile hau lau kategoria juridikoren gainean eraikitzen da:

Kartelak	(65. art.)
Kontzentrazioak	(66.1-6 art.)
Egoera menperatzaileak	(66.7 art.)
Laguntza publikoak	(67. art.)

Aipatu direnetatik *per se* debekatutako bakarra kartela da (nahiz eta, salbuespeneko kasutan, debekua altxatu ere egiten zaion). Gainontzekoak ez daude debekuaren menpe, kontrolpean baizik. Ondorioz, Goi Autoritateak eskua sartuko du, soilik, Hitzarmenaren aurkako eragina izan dezaketenean. Sistema honek badu berezitasun azpimarragarri bat. Enpresen arteko bi elkarketa-modu bereizten ditu, kartela eta kontzentrazioa, nahiz eta bereizketa hori egitea beti oso erraza gertatu ez²¹. Beraz, sistemaren funtzioa bikoitza da. Batetik, enpresen arteko jokabide kartelarioak ekidin nahi dira. Bestetik, berriz, egitura enpresarialen handitze artifiziala geldiarazi nahi da. Sektore ekonomiko honetan, enpresak kopurua nahiko mugatua da, enpresak handiak dira, merkatu-egitura oligopolistikoa osatzen dute eta, gainera, enpresek kartelizaziorako joera nabaria erakusten dute.

Testuinguru honetan, lehia babesteko duen sistema eraikitzeke lehenengo neurria Hitzarmeneko 65. art. da. Lehen lerroaldean, kartelen debekurako klausula orokorra ezartzen du. Debekatu egiten dira eta deuseztasunarekin zigortu, zuzenean nahiz zeharka, merkatu komunean lehia eragotzi, murriztu edota faltsutu egiten duten jokabideak edo horretarako joera agertzen dutenak. Debekua aplikatzeko, beraz, ez da borondate zehatzik agertu behar, aipaturiko efektua izatea nahikoa da²². Klausula orokorrari, supostu konkretuen zerranda ireki bat atxikitzen zaio, adibidezko kasuen aipamen eginez, eta, azkenik, debekuaren salbuespenak arautzen dira. Printzipioz debekaturiko zenbait kasu, egoera edo baldintza jakin batzuen pean, Goi Autoritatearen baimena lortzeko bidea irekitzen da. Hala gerta-

18. Lehenengo Estatu sinatzaileak izan ziren: Frantzia, Alemaniako Errepublika Federala, Belgika, Italia, Luxenburgo eta Herbehereak.

19. 1950.eko maiatzaren 9an, Robert Schuman frantziar Kanpo-arazoetarako ministroak prentsarako agerraldian aurkeztutako konferentzian azaldu zuen helburu jakin batzuk lortzeko plangintza osoa ("Schuman Plana"). Hor daude Hitzarmenaren jatorria eta muina. Zio horiek izan ziren, gero, Hitzarmenean jaso zirenak. Ik. 1-4.artikuluak.

20. Literalki, CECA Hitzarmenak *Haute Autorité* terminoa erabiltzen du, gaur egun Komisioa dena izendatzeko.

21. Europako Ekonomia Erkidegoko Hitzarmenean (CEE), ordea, ez zen halako bereizketarik jaso. Kontzentrazioentzako ez zen kontrolik ez eta tratamendu berezirik ezarri. Baina, noski, kontuan izan behar da ere, ikatz eta altzairuaren kasuan, fenomeno hauen inguruko sentsibilizazio berezia zegoela, gainontzeko sektoreekin gertatzen ez zena.

22. Hala iritzi dio doktrinaren gehiengoak, este baterako: BERNINI/ JAEGER/ MATTHIES, *Kartellverbot und die Fusionskontrolle in der Montanunion* 1972, 11. or.; REUTER, *A propos des ententes industrielles et commerciales*, DS 1952, 443. or.; DI CAGNO, *La disciplina delle intese e delle concentrazioni nel Trattato istitutivo della CECA*, Riv. Dir. Civ. 1957, 759. or. Zentzu berean, ikus Goi Autoritatearen interpretazioak: Arrêt C.J. Aff. 2/56, Rec.1957 III, 40. or.; Arrêt C.J. Aff. 18/57, Rec. 1958-1959 V, 112. or.; Arrêt C.J. Aff. 1/61, Rec. 1961 VII, 566. or.

tzen da, Hitzarmenaren goragoko beste helburu batzuen mesedetan, merkatuko lehia sakrifikatze-ko egokitasuna ikusten denean. Dena den, esan beharra dago, Goi Autoritatearen baimen hauek behin-behineko izaera daukatela. Denboraldi zehatz baterako ematen dira eta errebotatu egin daitezke, baldintzak aldatu egiten badira edota salbuespena aplikatzearen ondorioak lehen esandakoak ez badira. Kartelei dagokienez, hauxe izango da, gutxi gorabehera, gero Europako Ekonomia Elkarteko Hitzarmenean jasoko den arauketa berbera²³.

Lehia babesteko bigarren neurria, enpresa-kontzentrazioen kontrola da. Enpresa-elkarketetan kartela eta kontzentrazioaren arteko bereizketa garbia ezartzea ez da erraza. Baina prebentziozko kontrola egiteko baliabideak jartzea erabaki zen. Erabakia, European oso berritzailea izan arren, ez da batere harrigarria. Kontuan izan behar da sektore honetan kontzentrazio-maila oso handia zela. Gainera, arrazoi ekonomiko hutsak baino pisu handiagoa izan zuten, agian, arrazoi politikoei. Mendebaldeko Alemania okupatu zuten Estatuak bazuten helburu argi bat: Ruhr eskualdeko talde siderurgiko handien deskontzentrazioa burutzea.

Kontzentrazioen kontrolerako ezarritako sistemak izaera prebentiboa du. Kontzentrazioaren nozioa modu oso irekian definitzen da. Esaten da fusio, akzioen eskuratze, aktiboko elementuen eskuratze, mailegu, kontratu edo bestelako edozein kontrol-bidez gauza daitekeela. Hau da, kontzentrazioa gertatzen da, modu batean edo bestean, enpresa batek (edo batzuek) beste bat (edo batzuk) kontrolatzeko modua dutenean²⁴.

Kontzeptu zabal horretatik abiatuaz ezartzen da kontzentrazioen kontrolerako arauketa. Enpresa-kontzentrazioaren egitasmoa, burutu aurretik, Goi Autoritateari jakinarazi behar zaio (*ex ante*)²⁵. Berak aztertuko du egitasmoak enpresa-partaideei merkaturuan indar handiegia ematen ote dien eta, edozein kasutan, baimentzea komeni den. Merkatuarekin, bere helburuekin, bateragarria dela ikusten baldin badu, baimendu egingo du proiektua²⁶. Dena den, Goi Autoritateak (Komisioak) erabaki dezake baimena emateko baldintza jakin batzuk ezartzea. Horrela saiaturiko da merkaturuan lehia-maila eraginkorra egon dadin zaintzen.

Esan bezala, kontrola *ex ante* egiten da, aurretiaz. Baina, gerta daiteke, enpresek beren kontzentrazio-egitasmoa ez jakinaraztea eta, bai-

menik gabe, aurrera eramatea. Kasu hauetarako ere bada neurri berezia: *ex post* kontrola, alegia. Komisioak baimendu gabeko kontzentrazioen bat atzematen baldin badu, bere kontrolpera eramango du, gainera komenigarri ikusten dituen neurri osagarriak ere hartuaz. Orduan aztertuko du kontzentrazioa zilegia den ala ez, onartzeko modukoa, ala ez. Gerta daiteke eragiketa zilegia izatea, hau da, lehiaren parametroekiko onargarria. Kasu horretan ez du debekatuko. Bertan parte hartu duten subjektuei isuna ipini besterik ez du egingo. Baina eragiketa onartezina dela ikusiz gero, debekatu egingo du, aurretiaz baimentzeko eskatzen den beste edozein eragiketaren modura.

3.1.3. Elkarren arteko enpresen eraentza juridikoa

Enpresa bik edo gehiagok elkarren artean beste bat ustiatzea oso bide aproposa izan daiteke garapeneko behartasunei aurre egiteko. Baina mugimendu hauek lehia kalte ez dezaten zaindu behar dira. Horretarako, Hitzarmenak ez du konponbide espresik jasotzen. Kartelei dagokien arauan (65.art.) eta kontzentrazioei buruzkoan (66.art.) zeharkako aipamen batzuk aurki daitezke. Beraz, betikoan gaude: kartelaren eta kontzentrazioaren artean. Dena den, Goi Autoritatearen 25/67 Erabakiak²⁷, gai honen inguruan zenbait puntu argitzeko aurrerapauso handia eman zuen. Kontzentrazioen kontrolean, egitasmoa jakinarazi eta aurretiazko baimena lortu beharra dagoela esan dugu. Erabaki honek ezarri nahi izan zuen, zein berezitasun bete behar zuten enpresen arteko operazioek, kontzentrazioen kontrol-prozesua aplikagarri izan ziezaien. Arreta berezia ipini zuen elkarren artean kontrolatutako enpresengan. Bertan esaten zenez:

- enpresa kontrolatzaileek elkarrekiko independente izan behar dute (ezin dute elkarren artean kontzentratuta egon)
- enpresa hauek, elkarren artean kontrolatu behar dute beste bat (edo gehiago), bide juridiko edo egitatezkoen (*de facto*) baliatuz
- elkarren arteko kontrola enpresa bat edo gehiagorengan egiten da eta kontrolatutako enpresak ikatzaren edo siderurgiaren inguruko jarduerak izan behar du (ekoizpena, eraldaketa, banaketa)

Ezaugarri hauekin definitu zen Hitzarmeneko kontzentrazioen kontrol-prozeduraren menpe geratzen zen *joint venture* multzoa.

23. Ik. CECA Hitzarmeneko 65. art. eta CEE Hitzarmeneko 85. art.

24. HABERKORN, *Der Begriff des Unternehmenszusammenschlusses nach Art. 66 Montanvertrag*, NJW 1962, 429. or.; PRIEUR, *La notion de concentration d'entreprises au sens de l'article 66 du Traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, JDI 1955, 810. or.

25. Hau ez da beharrezkoa eragiketaren tamaina txikia denean eta, ondorioz, merkatuko lehiagan eragin oso txikia duenean (66.3 art.)

26. Ik. 66.1.art. kontzentrazioa burutu aurretik baimena eskuratu behar da.

27. *Décision 25/54, du 6 mai 1954, portant règlement d'application de l'article 66.3 du Traité relatif à l'exemption d'autorisation préalable (J.O. Haute Autorité CECA, 11.05.1954)*. Honi gehitu behar zaio: *Décision 28/54 du 26 mai 1954, complétant la Décision 25/54 (J.O. Haute Autorité CECA, 31.05.1954)*.

Gerora, bada beste dokumentu interesgarri bat gure gaiaren inguruan: *Grandes lignes d'une politique de concurrence en matière de structures de l'industrie sidérurgique* izenburua duen txostena²⁸. Arau-indarrak izan ez arren, berebiziko balio interpretatzailea du, *joint venture* fenomenoaren inguruan eginiko gogoetarik. Bertan adierazten da zein izango den Komisioaren jarrera Hitzarmeneko lehiaren arauak aplikatzerakoan, oso gai *delikatua* dela aitortzen baitu.

Batetik, saiatzeko zehazten elkarren arteko enpresek zein kasutan ez duten kontzentrazio-izaerarik. Aipamenak absolutuak ez direla ohartaraziz gero, multzo honetan kokatzen ditu honako supostuak: espezializazioak, elkarren arteko salmenta-akordioak eta erosketa-akordioak. Dударik ez dago, akordio hauek guztiek lehia murriztu egiten dutela. Baina, maiz, kontzentrazioa iritsi aurreko itunak izan daitezkeen arren, oro har, ez dute partaideen egituren eraginik sortzen. Hauek lehiari ekartzen dioten arriskua, normalean, gehiago izaten da kartelizazioarena eta ez kontzentrazioarena²⁹.

Bestetik, kontzentrazio-izaera duten elkarren arteko enpresen berezitasunak definitzen saiatzeko. Honako hauek adierazten dira.

i) Enpresa-partaide edo matrizeek elkarren artean (modu bateratuan) burutu behar dute beste enpresa filial baten gainerako kontrola. Honek ez du esan nahi, derrigorrean, matrize guztiek filialaren akzio-kopuru berbera eduki behar dutenik. Hori ez da kontua. Gakoa da, guztiek izan behar dutela filialaren jardueran eragiteko ahalmena. Ahalmen hori erabiltzea ere ez da galdatzen. Nahikoa da izatearekin. Hala gertatzen da, adibidez, zenbait erabaki estrategiko gehiengo kualifikatuz edota aho batez hartzeko konpromisoa ezarri denan.

ii) Enpresa-matrizeek ezin dute elkarrekiko kontzentratuta egon, bata bestearengandik ekonomikoki independente izan behar dute. Hala ez balitz, barne-berregituraketa baten aurrean geundeko. Orduan, ez litzateke enpresa arrotz batekin elkartzeagatik hazkundearen kasua eta horixe da, hain zuzen, kontzentrazioaren ezaugarria.

iii) Elkarren artean kontrolatutako enpresak autonomia izan behar du, hau da, jarduera ekonomiko propioa burutu, matrizeengandik aparte. Beraz, benetako enpresa izan behar du, bere funtzio guztiekin, eta hala jokatu, beste edozeinek bezala, dagokion merkatuan.

Ezaugarri hauekin guztiekin definitutako enpresa, *funtzio osoko joint venture* da (*full function joint venture*),

Vollfunktionsgemeinschaftunternehmen) eta, lehia babesten duen zuzenbidearen sisteman, kontzentrazioen eremuan kokatzen da. Aldiz, funtzio partzialak betetzen dituen elkarren arteko filiala, modu bateratuan kontrolatua egon arren, ez da kontzentrazio izaera duen *joint venture* (*single function joint venture*, *Teilfunktions-* edo *Hilffunktions-gemeinschaftunternehmen*). Enpresa-matrizeentzako laguntzazko funtzioak betetzen ditu, baina ez da iristen beren egituretan kontzentrazioaren eragina izatera. Horregatik, enpresen arteko akordio soilen mailan geratzen dira. Beraz, hauek dira kartelen (ez kontzentrazioen) ondorio ezezkorrak ekar ditzaketen elkarren arteko enpresak.

Hemen adierazi izan diren irizpideak dira erabiliko direnak *joint venture* edo elkarren arteko enpresak sistematikoki bereizi ahal izateko. Horrela, batetik, kontzentrazioaren ezaugarriak dituztenak, horretarako *ad hoc* dagoen kontrol-prozedurapean geratuko dira. Gaintzeko besteek, ordea, halako prozeduratik at izango direnez, sortarazten dituzten efektuegatik, kartelen beharrez zigortu izateko arriskua pairatzen dute.

3.2. Europako Ekonomia-Erkidegoaren Hitzarmena eta bere isiltasuna enpresa-kontzentrazioen inguruan

Behin eta berriz azpimarratu izan dugun lez, *joint venture* edo elkarren arteko enpresa kontzentrazioaren eta kartelaren artean egon daitekeen estrategia da. 1951.eko Ikatz eta Altzairuaren Hitzarmenak arauketa berezitua egin zuen bakoitzarentzako (kartelentzako eta kontzentrazioentzako) eta, hortik abiatuaz, Hitzarmeneko zuzenbidea garatzerakoan, konponbide mediatuak eskaini ziren elkarren arteko enpresentzako. Halakorik ez zen gertatu, ordea, 1957.eko martxoaren 25.ean Erroman sinatutako Europar Ekonomia Erkidegoko (EEE) Hitzarmenaren kasuan. Araudi honek, beranduagokoa izan arren, lehia babesteko ez du aurrekoak bezain sistema osaturik eskaintzen.

3.2.1. Lehia babesteko sistemaren ezaugarriak: enpresa-kontzentrazioen kontrolik ez

EEE Hitzarmenean, lehiaren babeserako araudia 85 eta ondorengo artikulutan jasotzen da. Gero, oinarritzko araudi hau erregelamendu anitzez osatu eta garatu izan da. Baina artikulua horie-

28. Aritara eman zeneko aldizkari ofiziala: JOCE C 12, 1970-1-30.ekoa.

29. Esan bezala, aipamen hauek orientaziorako balio dute, baina ez dira absolutuak. Ik. 1986.2.5.eko Komisioaren erabakia, *Röschling Possehl GmbH* afera (DOCE L 39, 1986.2.14.ekoa). Partaideek elkarren artean erosketak egiteko almazena sortu dute. Kasu honetan, almazenak Hitzarmenaren 80. artikuluan definitutako jarduera enpresarial bat burutzen du. Beraz, sortutako enpresak (almazena) kontzentrazio-izaera du. Partaideen banaketa-jarduera kontzentratu egiten da almazenen bitartez.

tako sistema aurrekoarekin alderatuz gero, lauren ordeztu, hiru zutaberen gainean oinarritzen da:

Kartelak	(85. art.)
Egoera menperatzailearen abusua	(86. art.)
Enpresentzako laguntza publikoak	(92. art.)

Eskema honetan ez da kontzentrazioen kontrolarentzako lekuri egiten. Aukera honen arrazoi politiko-ekonomikoak garbi daude. Munduko Bigarren Guda ostean, esanguratsuak dira Europar bake-egoera bermatu nahia; bakeak iraun dezan, ekonomiaren garapena bultzatzea; edota amerikarrek kartelen aurkako kontzientzia zabaltzeko egin zituzten ahaleginak. Arrazoi hauek, ikatz eta altzairuaren kasuan, lehiaren aldeko sistema osatu bat eraikitzea bultzatu zuten. Aitortu beharra dago sektore horietan bereziki Alemaniak zuen indarra kontrolatu nahi izateak ere berebiziko eragina izan zuela. Baina, ekonomiaren gainontzeko garapenari dagokionez, lehiaren inguruan ez zen hainbesteko eskrupulorekin jokatu. Atzerriko (batez ere EEBB eta Japongo) multinazional erraldoietatik Europar ekonomia eta bere enpresak babestu nahi izateak, pisu handia izan zuen. Horregatik, hasiera batean behintzat, ez zen ikusi enpresa-kontzentrazioen kontrola arautzeko premia berezirik.

3.2.2. EEEko 85. eta 86. artikulua aplikatzearen mugak

Merkatu komuna garatuz zihoan heinean, enpresen artean kontzentratzeko joera ere gehituz joan zen eta autoritateengan fenomenoaren inguruko kezka biztu zen. EEE Hitzarmena eskuan hartuta, enpresa-kontzentrazioen kontrola egin ahal izateko tresna aproposik eman ez zenez, zegoena erabiltzearen alde egin zen. Kartelen debekua (85. art.) eta egoera menperatzailearen abusuari zegozkionak (86. art.) erabili ziren. Baina, afera honetarako, Hitzarmenean ezarritako arau-sistemarekin, bata nahiz bestea erabat desegokiak direla aitortu beharra dago.

86. art. enpresa-kontzentrazioei aplikatzeak ez du juridikoki oztoporik sortzen³⁰. Baina, teknikoki, artikulua hau ez da tresna aproposa kontzentrazioen kontrola gauzatzeko. Lehiarentzako arriskutsua izan daitekeen eragiketa ez dago 86. artikuluekin debekatzeko modurik. Ezin da, besterik gabe, egoera menperatzailea bultzatu edo sortarazten duen kontzentziorik debekatu.

Artikulu honek debekatzen duena, egoera menperatzailearen *abusua* egitea da. Abusurik gertatzen ez den bitartean, araua ez da aplikagarria. Beraz, honekin nekez lortu ahal izango dira kontzentrazioen kontrolak berekin dituen helburuak (helburu nagusia egoera menperatzaileen sorrera galaraztea da, hain zuzen ere).

Hala eta guztiz ere, aurreko hau baino kasu desegokiagoa izan daiteke, 85. artikuluekin kontzentrazioen kontrola egin nahi izatea. Doktrinaren sektore handi batek iritzi dion legez, kontraesan juridikoak sortarazten ditu³¹. Garbi dago europar zuzenbide komunitarioaren legegileak kartela eta kontzentrazioa, kategoria juridiko biak, ongi asko bereizten zituela. Hori ikusteko, lehenagokoa den Ikatx eta Altzairuaren Hitzarmenera jotzea besterik ez dugu: kartelak debekatu egiten ditu eta kontzentrazioak, berriz, kontrolatu. EEE Hitzarmenean, kontzentrazioen gaineko kontrolik ezarri izan ez bada, nahita izan dela garbi dago, kontrolpetik at utzi nahi izan direlako. Beraz, ez dirudi zilegia denik kartelen debekua adinako neurri zorrotza aplikatzea enpresa-kontzentrazioei. Dena den, kontzentrazioen kontrolerako arau espresik ez zela eta, Europar Komisioak denetarikoa saioak egin zituen, 86 eta 85. artikulua erabiltzeko³².

3.2.3. Elkarren arteko enpresei emandako konponbideen azterketa

Lehia babesteko sistema honek kontzentrazioentzako araurik ez izateak konplikatu egiten du elkarren arteko enpresei eman beharreko tratamendu egokia aurkitzea. Hala ere, juridikoki baliabide txiroak izan arren, gutxi horiekin ere, zenbait irtenbide eman ziren. Oro har, EEE Hitzarmeneko 85. artikuluen aplikazio zabala egitearen joera izan zuen Komisioak. Jokabide honen aspektu kritikoak azpimarratu beharrean gaude, egoera batzuetara moldatzen bada ere, edozertarako erabiltzea ez baita inolaz ere zilegi.

Badira *joint venture* batzuk enpresen arteko lankidetzak garatzeko helburuarekin egiten direnak. Hauetan ez da kontzentrazioa (integrazio ekonomikoa) adinako lotura esturik sortu nahi izaten. Hauek kontzentrazio kontzeptutik at geratzen dira. Beraz, kasu hauetan, elkar-lanak ekar ditzaken kartel izaeradun ondorioengatik, 85. art. aplikatzeak juridikoki ez du inolako oztoporik ekartzen. *Joint venture kooperatiboak* deitzen zaie

30. MESTMÄCKER, *Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Artikel 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, FS für Hallstein 1966, 322 e.o.

31. Ik. bereziki: FIKENTSCHER, *Systemfragen im europäischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, FS für Franz Böhm 1965, 261 e.o.; FINE, *Mergers and Joint Ventures in Europe. The Law and Policy of the EEC*, 2. ed. 1994, 42 e.o.; IMMENGAL FUCHS, *Art.85 EWG-Vertrag als Grenze für Unternehmensbeteiligungen?*, NJW 1988, 3052 e.o.; KORAH, *The Control of Mergers under the EEC Competition Law*, ECLR 8 (1987) 239 e.o.;

32. Ik. arazo honen inguruan Europar Komunitateko Justizia Auzitegira iritsi izan ziren bi kasu famatu: Arrêt CJCE du 21-02-1973, Aff. 6-72 *Europemballage et Continental Can*, Rec. 1973, 215 e.o. (25-26. zenb.), 86. artikulua aplikatzearen ingurukoa eta 85. artikuluari dagokionez, Sent. Del TJCE de 17-11-1987, Aff. *Philip Morris*, Rec. 1987, 4487 e.o. (37. zenb.).

hauei eta, ikusi bezala, ez dute arau-sistemarekiko problema berezirik planteatzen. Beste edozein estrategia enpresarialekin egiten den moduan, kartel izaeradun ondorioz sortzeko gai ote diren aztertuko da. Planteamendu hau okertu egiten da, aldiz, *joint venture kontzentratiboen* kasuan, maila batean, kontzentrazioa egitea ere helburu duten huentzat, kontzentrazioaren eragiketari aplikatu beharreko araua falta baita. Eredu honetan, konponbideren bat eman nahian, Komisioaren praxian bi ildo bereizten dira.

Hasierako garaian, Komisioa kartel eta kontzentrazioaren arteko bereizketa zintzoa egiteaz asko arduratu zen. Testuinguru horretan, kontzentraziozko eragiketa-mota bi bereizi zituen: *erabateko kontzentrazioak* eta *kontzentrazio partzialak*. Lehenengoak, kontzentrazioa besterik ez direnak, EEE Hitzarmeneko arauditik at utzi zituen. Bigarrenen kasuan, berriz, eragiketak kontzentrazioaren elementuak eta bestelakoak izan ohi ditu. Horregatik, disezioa egitea proposatu zuen. Kontzentraziozko zatia alde batera uzten zen, baina kontzentrazioari laguntzen dioten bestelako akordioak aztertu egiten ziren, kartel izaerarik ote zuten ikusteko³³. Hala gertatuz gero, kartel izaeradun zatia soilik aplikatzen zitzaion 85. artikuluko debekua³⁴. Irtenbide hau arau-sisteman erabat egokitzen zen. Baina, eragiketa asko legez kanpo geratzen zirenez, Komisioak bere argumentuak aldatu egin zituen, ahalik eta eragiketa gehien kontrolatzeko asmoz.

Helburu horrekin garatu zen hurrengo garaiko praxia. *Joint venture* eragiketetan enpresa berri bat sortzen da, baina enpresa-matrizeek beren jardura ekonomikoan independente izaten jarraitzen dute. Ondorioz, merkatu horietan elkarren aurka lehia egin ordez, lehia murrizteko joera har dezakete. Arrisku hori ez dago ukatzerik. Komisioak joera hau bereziki kontuan, halako eragiketak 85. artikulua ikuspegiatik epaitu ahal izateko. Berriz ere, esan behar da, jokabide hau gehiegizkoa dela. Azalduko argumentuek zera ahalbidetzen dute, eragiketen kontzentrazio-alderdia 85. artikulua aplikatuaz debekatzea eta, hori ez da, inolaz ere, bere aplikazio-eremuari dagokion gaia.

3.2.4. Kontzentrazioen kontrola arautzeko erregelamenduaren beharra

Beste batzuen artean, arestian aipaturiko egoera horiek guztiek zera erakusten digute: ia

ezinbestekoa bihurtu zela kontzentrazioak kontrolatzeko arau bereziren bat egitea. Hasiera batean, Komisioa ikatz eta Altxairuaren Hitzarmenak ezarritako hastapenetatik abiatu baldin bazen ere, laster asko eman zuen bira beste norabide bat hartuaz. Kontzentrazioaren eragiketak ugaltzearen aurrean nolabait esku sartu beharra ikusi zuen eta zeregin horretarako EEE Hitzarmenak eskaintzen zituen tresnez baliatu zen, egokiak izan ez arren. Horien aplikatzeko, arauen eta egitateen interpretazioa bortxatzea, beste erremediorik ez zuen ikusi.

Egoera ezezkor honen aurrean, ziurtasun juridikoa ere kinka larrian egonik, kontzentrazioen kontrolerako erregelamendu bat emateko saioak egin ziren. Lehenengo egitasmoa 1973-07-20.ean aurkeztu zen³⁵. Baina akordio-ekak lehen urratsa hutsean utzi zuen. 1981 arte ez zitzaion lanari berriz ekin. Orduan, beste egitasmo berri bat aurkeztu zen eta, hau ere, ez zen baketsua izan. Eztabaida eta aldaketa askoren ondoren (1982, 1984, 1986 eta 1988.ean egindakoak), azkenean, EEEko Kontseiluak onartu zuen 1989.eko abenduaren 21.ean³⁶.

3.3. Elkarren arteko enpresen kalifikazioa, enpresa-kontzentrazioen kontrolerako (EEE) 4064/89 Erregelamenduan

1990-09-21.ean sartu zen indarrean Kontseiluko (EEE) 4064/89 Erregelamendua, 1989-12-21.ekoa. Tresna honekin bete zen ordura arte enpresa-kontzentrazioen kontrolaren inguruan zegoen hutsunea. Ondorioz, EEE Hitzarmenean zirenez gain (kartelak, egoera menperatzailearen abusua, laguntza publikoak), lehia-aren babeserako sistemari lagarren zutabe bat gehitu zitzaion: kontzentrazioak. Hau bereziki intergarria da, aurrerantzean, enpresa-elkarketa bakoitzaren aurrean, kartel ala kontzentrazio-izara duen erabaki beharra izango delako. Bereizketa egitea nahitaezkoa bihurtzen da, kartelaren araudia eta kontzentrazioarena bata bestearikiko baztertzailleak baitira. Baten aplikatzeak bestearena galarazten du. Enpresa-elkarketa bakoitzak zer nolako intentsitatea duen aztertuko da. Elkartzeak enpresen merkatuko portaeran besterik eragiten ez duenean, ez da kontzentrazio-rik izango. Horrelako eragiketa kontzentrazioen kontrol-prozeduratik at geratuko da eta, ondorioz, EEE Hitzarmeneko 85. artikulua aplikatzerik

33. Kontzentrazio partzialaren doktrina, lehen aldiz, *SHV-Chevron* aferan eman zen aditzera. Ik. *Déc. Commission, du 20-10-1974, Aff. SHV-Chevron* (JOCE L 38, 1975-02-12).

34. BANKS, *Mergers and Partial Mergers under EEC Law*, FCLI 1987, 373 e.o.; PATHAK, *The Commission's Approach to Joint Ventures: A Policy of Contradictions*, ECLR 5 (1991), 171 e.o.

35. Ik. *Proposition de Règlement (CEE) du Conseil sur le contrôle des concentrations, présentée par la Commission au Conseil le 20-07-1973* (JOCE C 92 du 31-10-1973).

36. Ik. *Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas* (DOCE L 395 de 30-12-1989). Zuzenketak ondorengo bertsioa publikatu zeneko aldizkaria: DOCE L 257, 1990-09-21.ekoa.

merezi ote duen aztertuko da. Aldiz, partaideen arteko lotura estuagoa baldin bada, hau da, enpresa-elkarketa partaideen egituratan eragina izateraino iristen bada, kontzentrazio-izaera izango du. Orduan aplikatuko zaio, beraz, (EEE) 4064/89 Erregelamendua.

Lehia babesteko arau-sistemak jasandako aldaketa honek zerikusi zuzena du elkarren arteko enpresen tratamenduan. Behin eta berriz azpimarratu izan den legez, elkarren arteko enpresak kartel eta kontzentrazioaren arteko figurak dira. Batzuetan, beren izaera kartelarioa edo kontzentratiboa ote den antzematea nahiko erraza izan daiteke. Baina, askotan, bata eta bestearen ohiko elementuak biltzen dituzte. Kasu hauetan agertzen da gordinago kartel eta kontzentrazioa bereizteak berekin duen problematika. Zailtasun hauei erantzun nahian, Komisioak berehala eman zituen araudia interpretatzeko zenbait Komunikazio³⁷, urteetan zehar osatu eta ordezkatu egin direnak³⁸.

(EEE) 4064/89 Erregelamendua saiatzen da, bere aplikazio-eremuari dagozkion elkarren arteko enpresak zeintzuk diren zehazten. Horretarako, zein elementu eduki behar duten eta eragiketa hauen kalifikazioa nola egiten den adierazten ditu. Testuinguru honetan, *joint venture* kontzentratiboa, kontzentraziozko eragiketa-mota bat bezala agertzen da. Hori azaltzeko, ikus dezagun kontzentrazioa zein modutan gerta daitekeen:

- a) fusio bidez (*fusioa* zentzu ekonomikoan, sozietateen zuzenbideko *fusioa* baino kontzeptu zabalagoa da)
- b) enpresa batek (edo batzuek) beste baten (edo batzuen) gaineko kontrola hartuaz. Kontrol-hartze hau egin daiteke:
 - aa) modu bakarkakoan, enpresaren gaineko kontrola burutzen duena enpresa bakarra denean, edota
 - bb) modu bateratuan, enpresa kontrolatzailerak bat baino gehiago direnean. Hauxe da *joint venture* edo elkarren arteko enpresen kasua.

3.3.1. Joint venture nozioa. Elementu osatzaileak

(EEE) 4964/89 Erregelamenduak ez du *joint venture* kontzentratiboaren deskribapen normatibo espresik egiten. Hau dela eta, aipaturiko

nozioa Erregelamendutik erauzitako elementu osatzaileekin eraikiko dugu (ik. bereziki 3. art.). Elkarketa-modu hauek egoera desberdin anitz erakutsi dezaketen arren, funtsezko bi elementu biltzen dituzte: a) erakunde enpresarial baten sorrera eta b) erakunde horren gainean subjektu anitzek elkarren artean burutzen duten kontrola.

a) Erakunde enpresariala

Lehenengo urrats bezala, esan behar da, kontzentrazio izaeradun *joint venture* bat sortzeko, beharrezkoa dela enpresa berri baten sortzea. Ez da nahikoa eragiketan parte hartzen duten enpresak beren merkatuko portaera koordinatuko duen itun soila egitea eta egoera berri horri "elkarren arteko enpresa" izena ematea. Kontzentrazioaz mintzatzeko, areago joan beharra dago eta sakonago eragin, parte hartzen duten enpresen egituraren, alegia. Horrela ba, egitura enpresarial berri bat sortzea galdatzen da, hau da, merkaturan modu autonomoan identifikatu eta izaera propioa edukiko duen erakunde berri bat egitea.

b) Elkarren arteko kontrol bateratua

Bigarren funtsezko elementua zera da: enpresaren gaineko kontrolak subjektu (enpresa) anitzen artean egikaritua izan behar du, modu bateratuan. Baina, horrek zehazki zer esan nahi du? Zer da enpresa bat kontrolatzea, Erregelamenduko 3. artikuluari so eginez? Komisioko komunikazio interpretatzaileek dioten legez, enpresa bat kontrolatzea da, zuzenean edota zeharka, bere jarduerarengan eragin erabagarria izateko ahalmena edukitzea.

Emandako definizio honetatik bi ideia erauzten dira. Batetik, araudiak galdatzen duena da, eragin erabakigarria izateko *ahalmena*. Beraz, ez da nahitaezkoa kontrolatutako enpresaren jardueran eragin erabakigarria aktiboki egikaritzea aldioro, behin eta berriz. Erabakitzeko ahalmen soila edukitzea nahikoa da, kontrola badela antzemateko. Erabakietan, ahalmen hori aktiboki egikaritzetik ez da galdatzen. Nolabait, modu pasiboan, egiteari utziaz ere, erabakietan parte hartzen dela ulertzen da. Bestetik, esan behar da, eragin erabakigarria izateko ahalmen horrek ez duela zertan enpresa kontrolatuaren jarduera oro ukitu behar. Ez da zertan enpresaren eguneroko gai guztietan eskua sartu behar. Nahikoa da erabaki nagusietan eragina izateko ahalmena edukitzea. Eta, zeintzuk dira erabaki nagusi horiek? Komisioaren iritziz, horiek enpresaren estrategia lehiakorren inguruko erabakiak dira.

37. Ik. *Comunicación de la Comisión sobre las restricciones accesorias en operaciones de concentración eta Comunicación sobre las operaciones de concentración y cooperación* (DOCE C 203, 1990-8-14.ekoan argitaratuak). Komunikazioek arau-izaerarik ez duten arren, berebiziko garrantzia erakusten dute, arauen interpretazio eta aplikaziorako irizpideak ezartzen dituztelako.

38. *Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del art.85 del TCEE* (DOCE C 43, 1993-2-16); *Comunicación relativa a la Cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales para la aplicación de los arts.86 y 86 del TCEE* (DOCE C 39, 1993). Gero, beste Komunikazio multzo batek ordezkatu zituen aurreko gehienak: *Comunicación relativa a la distinción entre empresas en participación de carácter concentrativo y cooperativo*; *Comunicación sobre el concepto de concentración*; *Comunicación sobre el concepto de empresas afectadas*; *Comunicación relativa al cálculo del volumen de negocios* (guztiak DOCE C 385, 1994-12-31.ekoan eman ziren argitara).

Ondorioz, planteamendu honekin, egia da, enpresa matrizeek filial komunean izan ditzaketen jabetzazko eskubide edota boto-eskubideen kanti-tateak ezagutzea inportantea dela, subjektu ani-tzen arteko kontrolik ba ote den egiaztatzeko. Baina horiek ez dira, nahitaez, elementu esangu-ratsu bakarrak. Kontrol bateratua beste bide batzuetatik ere ezar daiteke. Juridikoki izan ez arren, *de facto*, egitatezko kontrola izatea gerta daiteke. Pentsa dezagun, esate baterako, filial komunak matrize batekin (edota batzuekin) izan ditzakeen hornidura-harremanak. Agian, gerta daiteke erabat funtsezkoak izatea, adibidez, bere salgaiak ekoiztu ahal izateko edota hornitzaileek epe luzera emandako kredituen garrantziagatik. Faktore horiek guztiek ere, filial komuna menpeko egoeran ipintzen dute.

Gainera, kontrol honek (eragiteko ahalme-nak), kontrol bateratua izan behar du, hau da, subjektu anitzek elkarren artean egikaritu behar dute. Filial komunean nolabaiteko partaidetza daukaten enpresak benetan kontrolatzaile ote diren ikusi behar da. Horrek ez du esan nahi, adi-bidez, guztiek filial komunaren kapitalean propor-tzio berberetako partaidetza izan behar dutenik. Gerta daiteke ere, enpresaren erabaki nagusiak gehiengo kualifikatuaz edota aho batez onartu behar izateko erabakia hartu izana. Modu horre-tan, subjektuen batek kapitalean partizipazio txi-kia eduki arren, enpresaren kontrolean parte hartzen duela bermatzen da. Partaide guztien era-bakirako ahalmen hori eskura izatea nahikoa da kontrol bateratua badela antzemateko.

Amaitzeko esan, kontrol bateratua iraupe-nezkoa izatea ere galdatzen dela. Ez da nahikoa kontrol hori gauza puntuala izatea. Denboraldi gutxi gorabehera luzerako iraupena izan behar du. Ez da guztiz beharrezkoa, hasieratik, filial komunak iraun behar duen denboraldi osorako kontrol bateratuaren iraupena bermatzea. Baina, hala ez bada, gutxienez behintzat, aldi luzerako izan beharko du. Orduan, eta ez bestela, esan ahal izango da kontzentrazioaren bereizgarri den enpresa-egiturazko aldaketa gertatu izan dela.

3.3.2. Elkarren arteko enpresen kalifikazioa

Orain arte ikusi dugu *joint venture* itxurako enpresa-elkarketa batek kontzentrazio-izaera duen erabakitzeko bildu behar dituen osagaiak. Elementu hauek dituen eragiketa bada beraz, kontzentrazio-izaera izateko adinakoa. Baina horrek ez du esan nahi, jada hala denik. Esan nahi du, gutxienezko elementuz hornitua dagoela. Ostean, ikusi beharko da, elementu horiek izateaz

gain, (EEE) 4064/87 Erregelamenduren arabera, kontzentrazio moduan kalifikatzeko baldintzak ere betetzen ote dituen.

Esan bezala, elkarren arteko enpresak kar-tel eta kontzentrazio arteko figurak izan ohi dira. Ondorioz, hauen "benetako" izaera antzemateko, Erregelamenduak filtro bi ezartzen ditu. Batetik, kontzentrazio izateko gutxienezko elementuak fin-katzen dira. Baina, bestetik, osagai horiez gain, beste baldintza batzuen bete beharra ere gal-da-tzen zaie. Bi maila hauek gainditzen ez baldin badira, eragiketa osoa kontzentrazioen kontrolera-ko erregelamenduaren aplikazio-eremutik at gera-tuko da eta, ondorioz, kartelen araudia (Hitzarmeneko 85. art.) aplikatzeko arriskupean. Horregatik egiten da elkarren arteko enpresen kalifikazioa, esandako baldintza horiek betetzen ote diren erabakitzeko. Ondoren aztertuko dugu zeintzuk diren.

a) Baldintza positiboak

Baldintza positiboak dira, kalifikazioaren lehenengo exijentzia-maila osatzen dutenak. Azken finean, baldintza hauek funtzio definitzaileak betetzen dute. "Elkarren arteko enpresak" kon-tzentrazioa izateko bete beharko dituen lehen bal-dintzak dira, ez baita nahikoa edonolako elkarren arteko enpresa edo *joint venture* eratzea. Halaxe ezartzen da (EEE) 4064/89 Erregelamenduko 3.2 artikuluan³⁹, eta honako hauek dira:

- erakunde berriak autonomia ekonomikoa izan behar du
- merkatuan jarduteko beharrezko funtzio-ak osoki bete behar ditu
- irauteko asmoz sortua izan behar du

Behin eta berriz esan dugu, kontzentrazioa gerta dadin, eragiketan parte hartzen duten enpresen egituraren aldaketaren bat jazo beharra dagoela. Ondorioz, *joint venture* kasuan, elkar-tze-prozesu horretatik, merkatuan beste edozein eskatzaile edo eskaintzaile bezala jardungo duen subjektu berri bat jaiotzen denean gertatuko da kontzentrazioa. Beraz, argitu beharra dago, elka-rren artean, modu bateratuan kontrolatutako enpresa sortzeaz gain, honek independentzia ekonomikoa eduki beharko duela. Zentzu hone-tan, kontrol bateratua eta independentzia ekono-mikoa ez daude kontrajarriak. Independentzia ekonomikoarekin zera esan nahi da, merkatuan enpresa-matrizeengandik at, identifika daitekeen erakunde berri batez ari garela. Erakunde honek bere jarduera ekonomikoa burutuko du, matrizee-kiko modu autonomoan funtzionatuaz. Horrelako egoera ez da matrizeen menpe egoteagatik, beren kontrolagatik, deuseztatzen. Egia da hauek

39. Ik. literalki: "... la creación de una empresa en participación que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica inde-pendiente".

joint venture erabaki estrategikotan parte hartzen dutela. Baina, kontrolpeko enpresaren erabakiak *joint venture* beraren mesedetan direnean, ez ordea enpresa-matrizeen mesedetan, orduan, funtzionamendu autonomia duela erakutsiko du. Bizitza propioa izango du bere estrategien gainean (antolaketa, komertziala, finantzazkoa, e.a.) erabakitzeko, matrizeen interes partikularrak aintzat hartu gabe.

Baldintza hori beteko da, kontrolatutako enpresak, dagokion merkaturako beste edozein enpresak bezala, lehia jarduteko funtzio osoak betetzen dituenean. Hau da, ez du izan behar enpresa-matrizeen funtzio osagarri edo laguntzaileak beteko dituen erakundea. Bere jarduera burutzeko beharrezko dituen azpiegitura eta baliabide aproposak izango ditu, matrizeek emandakoak ziur aski. Baina matrizeek baliabide hauek beren esku izateari utzi beharko diote erabat, aurrerantzean filial komunaren esku gera daitezen⁴⁰ eta honek komeni zaion eran erabil ditzan. Baliabideak aipatzen direnean, ondasun materialak (makinak, eraikuntzak, e.a.), inmateriaiak (adib. patenteak, markak, *know how*) eta humanoak esan nahi dira, era guztietakoak⁴¹. Azkenik, gogoratu elkarren arteko enpresa iraupe-nezko asmoz egitea ere galdatzen dela, eragiketaren kontzentrazio-izaera antzemateko. Denborazko egonkortasuna enpresa-egituren aldaketan eragina duen elementua da eta, horregatik, hartzen da aintzat.

b) Baldintza negatiboa

Aipaturiko baldintza positiboek elkarren arteko enpresa kalifikatzearen gutxienezko lehen maila osatzen dute. Behin hori gaindituz gero hasten da, beraz, benetako kalifikazioa. Horregatik, esan daiteke orain komentatuko dugun baldintza negatiboak funtzio kalifikatzailea duela, hain zuzen. Arestian esandako baldintza positiboak ez dira nahikoak elkarren arteko enpresaren kontzentrazio-izaera onartzeko. Horiez gain, zera galdatzen zaio, alegia, eragiketan parte hartu eta independente izaten jarraitzen duten *enpresen lehiatzeko jarreraren inolako koordinaziorik ez gertatzea*. Ez da lehiatzeko koordinazio izpirik onartzen, horrelakorik ezin du gertatu, filial komuna eratzearen objektu edo efektu izateagatik⁴². Eragiketaren ostean, bata bestearekiko independente diren

enpresak (enpresa fundatzaileak eta elkarren artean eratutakoak) ezin dira egoera berri honetaz baliatu, aurrerantzean merkaturan izaten jarraitu behar duten jarrera lehiakorra koordinatzeko, hau da, azken finean, merkaturako lehiatzeko borroka leuntzeko, lehia murrizteko.

Halakorik gertatuz gero, eragiketa osoa kontzentrazioaren kalifikaziorik gabe geratuko da. Baldintza negatibo honen helburua argi dago, kontzentrazioen eremua zehaztea da. Beraz, baldintza negatiboa (lehiatzeko koordinaziorik eza) betetzen ez bada, elkarren arteko enpresa eratzearen operazioa, kontzentrazioen kontrolerako prozedura eta arautatik guztiz at geratuko da. Elkarren arteko enpresak izaera *kooperatiboa* izango du eta ez du *kontzentratiboa* kalifikaziorik lortuko. Orduan, enpresa komuna sortzearen eragiketa EEE Hitzarmeneko 85. artikuluari⁴³ so egin ez aztertuko da, kartel-izaerarik ote duen ikusteko. Horrela, esan daiteke, kontzentrazioen eremua, maila handi batean, eskusioz definitzen duela Erregelamenduak.

3.3.3. Kalifikazioaren ondorio juridiko eta praktikoa

Elkarren arteko enpresak sortzeak, kalifikazioaren arabera, *kooperatiboa* ala *kontzentratiboa* izaera izan dezake. Esan bezala, honek markaturiko du eragiketa kontzentrazioen kontrol-prozedurari atxiki ahal izatea ala ez. Baina, praktikan, zein ondorio erazten da halako erabakitik? Eragiketa-mota hauen autoreentzat, abantaila eta desabantailak nabarmenak dira, lehia babesten duen Zuzenbideak tratamendu oso bestelakoa ematen baitie batzuei eta besteei.

Edozein kasutan, badaezpada, halako ezaugarriak dituen eragiketaren egitasmoa Komisioari jakinarazi beharra dago. Kontu izan, kontzentrazio-izaera izan dezakeela eta kontzentrazio-egitasmo guztiak notifikatzeko obligazioa dago. Honek erabakiko du orduan kontzentrazio-rik ba ote den ala ez. Kontzentrazio-rik ez bada, eragiketa baimentzeko irizpideak zorrotzagoak dira, kartel izaeradun estrategiaren bat izan daitekeela eta kartelak, printzipioz, debekatuta daude. Egia da kartel-izaerako enpresa-elkarketak

40. Baliabideen eskualdatze edo transferentzia hau, juridikoki, era askotan egin daiteke. Adibidez, lagapena edota akurapen-kontratua egin daiteke. Orduan, kontratuak elkarren arteko enpresaren antzerako iraupena izan beharko du. Baliabide horiez xedatu ahal izateak, kontratuen berritzeak, ezin du enpresa-matrizeen borondatepean geratu. Filial komunak ezin du behin-behineko egoeran bizi. Ik. Komisioaren erabakia, 1992-11-26.ekoa, IV/M.266 Afera, *Rhône Poulenc Chimie/SITA* (DOCE C 288, 1992-12-5).

41. Gai honen inguruan Komisioak emandako erabakiak oso ugariak dira.

42. Ik. literalki, (EEE) 4064/89 Erregelamenduko 3.2.art.: "Una operación, incluida la creación de una empresa común, que tenga por objeto o efecto la *coordinación del comportamiento competitivo* de empresas que continúen siendo independientes no constituirá concentración a los efectos de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1."

La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no implique *coordinación del comportamiento competitivo* de las empresas fundadoras entre sí ni entre éstas y la empresa común constituirá concentración a los efectos de lo dispuesto en la letra b) del apartado 1."

43. Ik., baita ere, EEE Hitzarmeneko 85 eta 86. artikuluen aplikazioa arautzeko, 17. Erregelamendua (DOCE L 13, 1962-02-21.ekoa).

onartzeko bideak ere badaudela. Baina kartelei ematen zaizkien baimenak eta kontzentrazioenak oso bestelakoak dira.

Kartelentzako baimenak denboraldi jakin baterako ematen dira. Kontzentrazioa, aldiz, merkatuarekin bateragarria dela deklaratzeko, betirako. Kartelaren baimen-garaia amaitutakoan, interesdunek berritzea eska dezakete, eta afera berriro aztertuko da, merezi duen erabakitzeke. Baina hori ez da desberdintasun bakarra. Kartelen kasuan, Komisioak emandako baimena kendu edo aldatzeko ahalmena gordetzen du. Hala egin dezake, edozein momentutan, baimentzearen baldintzak desagertu edo bestelakoak izateaz ohartuko balitz. Beraz, baimen hauek denboraz mugatuak izateaz gain, nolabait, behin-behinekoak direla esan daiteke. Kontzentrazioen kasuan, aldiz, ez da halakorik gertatzen.

3.4. Elkarren arteko enpresen sailkapen berria, (EE) 1310/97 Erregelamenduak ezarritakoa

Ikusi dugun legez, (EEE) 4064/89 Erregelamenduak aurrerapauso handia ekarri zuen, EEE eremuan, lehia babesteko zuzenbide-sisteman nabarmena zen hutsunea osatzeko. Hala eta guztiz ere, tresna berri honen erabilerak kritika ugari jaso zuen, bereziki bukaeran aipatu den kalifikazio-prozedura dela eta. Baldintza positiboek ez dute problema berezirik sortzen, baina kezkarriagoa da baldintza negatiboaren kasua. Esan bezala, filial komunaren eraketan parte hartu eta independente izaten jarraitzen duten *enpresen lehiatzko jarreraren inolako koordinaziorik ez gertatzea* galdatzen da. Bestela, *joint venture* eratzaren objektu edo efektu den enpresen arteko lehiatzko koordinazio aztarnarik antzemanaz gero, eragiketa osoa kontzentrazioen eremutik at gertatuko da.

Azken baldintza negatibo honek (lehiatzko portaeraren koordinaziorik ezak) operazioen kalifikaziorako duen garrantzia oso kritikatu izan da. Kontzentrazioaren elementu definitzaileak biltzen dituen eragiketari, baldintza negatiboaren ondorioz, kontzentrazio-izaera ukatzea, ez da bidezko-tzat jo izan. Lehia babesten duen arau-sistemarekiko kontraesanak sortzen ditu. Horregatik, (EEE) 4064/89 Erregelamenduaren berrikuntzari ekin zitzaionean, elkarren arteko enpresen gaian, sakoneko aldaketak egin ziren.

3.4.1. Kontzentrazioen kontrolaren erreforma

Kontzentrazioen kontrolari buruzko Erregelamenduaren berrikuspenean europar zuzenbide komunitarioaren berrikuntzazko aro batean kokatzen da. Garai hartan sinatu zen Amsterdamgo Hitzarmena, jatorrizko Hitzarmenean aldaketa sakonak eragin zituen⁴⁴. (EEE) 4064/89 Erregelamenduaren testu berria Kontseiluak onartu zuen, 1997.eko ekainean, (EE) 1310/97 Erregelamendu bidez⁴⁵ eta 1998.eko martxoaren 1ean sartu zen indarrean. Esan beharra dago, berrikuntza egin arren, arauak bere jatorrizko izena gorde duela, hau da, (EEE) 4064/89 Erregelamendua, enpresen arteko kontzentrazio-eragiketei buruzkoa.

Erregelamenduaren berrikuntzak eztabaida luzea izan zuen. Aspektu desberdinak ukitu zituen, horien artean inportantea, esate baterako, europar instantzien kontrolpean geratu beharreko kontzentrazioen inguruko datu kuantitatiboan ezartzea. Gai politikoa izan zen hau, Europako eta estatuetako instantzien arteko eskumenen banaketan eragiten zuelako. Baina, elkarren arteko enpresen gaiari dagokionez ere, aldaketa esanguratsua egin zuen, kontrolaren planteamendua aldatzea ekarri baitzuen.

3.4.2. Elkarren arteko enpresak kalifikatzeko modu berria

(EEE) 4064/89 Erregelamenduan ezarritako kontrol-sistema, egitura ekonomikoaren gaineko kontrolarena da. Merkatuko egiturak kontrolatzea du helburutzat. Hori da, hain zuzen, testu berriak oinarritzat hartzen duen funtsezko ideia. Ildo hau jarraikiz, *joint venture* kontzentratiboa kalifikatzeko baldintzak asko erraztu dira. Nahikoa da bi baldintza bete direla egiaztatzea:

- a) enpresa batzuek, elkarren artean, beste baten (batzuen) kontrolpean parte hartu behar dute
- b) horrekin, merkatuko egituratan aldaketaren bat sortarazi behar da, hau da, kontrolpean sortutako enpresak, dagokion merkatuan, funtzio guztiak beteaz jardun behar du.

Sistema hau aurrean aipatu denarengandik aldentu egiten da eta ikatz eta Altzairuaren Hitzarmenaren eremuan ezarritakora gerturatu. Garai hartakoan bezala, kontzentrazioen kontrol-

44. Amsterdamgo Hitzarmenak aldaketak ekartzen ditu, Europar Erkidegoen Hitzarmen eratzailentzako eta 1992.eko Batasun Europarraren Hitzarmenarentzako (Maastricht-ko Hitzarmenarentzako). Gobernuen arteko elkarriketa luzeen ondotik, 1997.10.2.ean sinatu zen. Europako Ekonomia Erkidegoa aurrerantzean Europar Erkidegoa (EE) izango da eta, Hitzarmeneko artikulua batzuek aldatu egin zirenez, artikuluen zenbakiak aldatu egin dira. Gure gaiari dagokionez, ez dugu jada 85. art. esango, 81. art. baizik.

45. Ik. *Reglamento (CE) 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas* (DOCE L 180, 1997-07-09 eta akatsen konponketak: DOCE L 40, 1998-02-13).

prozedurapean geratuko dira merkatuan funtzio osoak betetzen dituzten elkarren arteko enpresak. Aurrerantzean, beraz, ez da erabakigarria izango enpresa matrizeen artean lehiatzeko portaera koordinatzeko arrastorik antzeman ote den egiaztatzea. Horregatik, (EEE) 4064/89 Erregelamenduko 3.2 artikuluari erredakzio berria, sinplifikatua, eman zaio. Ik. literalki⁴⁶:

“La creación de una empresa común que desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente constituirá una operación de concentración según lo dispuesto en la letra b) del apartado 1”.

Beraz, kalifikazio-metodoa erabat aldatu da. Orain irizpide estrukturala da nagusi, merkatuan egitura-aldaketarik jazo ote den aztertzea, alegia. Funtzio osodun (*full function*) egitura independente eta iraunkorrik sortu izanak markatzen du Erregelamenduaren aplikazio-eremua. Kontzentrazio kontzeptutik at geratuko dira funtzio partzialak dituzten elkarren arteko enpresak (*partial function*). Lehen, honetaz gain, baldintza negatiboari ere so egiten zitzaion, kontzentrazio-izaera onartu ahal izateko. Gaur egun, berriz, ez da halakorik gertatzen. Aipaturiko baldintzak betez gero, eragiketa kontzentrazioen kontroleko prozedurapean ipintzen da. Ez da, beraz, *joint venture kooperatibo* eta *konzentratibo*en arteko bereizketarik egiten.

3.4.3. Elkarren arteko enpresak eta merkaturak. Bateragarritasunaren azterketa eta tratamendu juridikoa

Aurrean esan bezala, funtzio osoko elkarren arteko enpresa sortzea, kontzentrazio-eragiketa da gaur egun. Baina ez da aherentzia behar eragiketa hauen inguruan, bestelako lehia-murrizketa batzuk ere jazo daitezkeela. Gerta daiteke, filial komun berria sortzearekin batera, enpresa-matrizeek kartel izaera edo efektudun itunak egitea. Bestalde, posible da ere, filial komuna sortuaz, merkatuan egoera menperatzailea eskuratzea. Beraz, lehen fase batean, elkarren arteko enpresaren kontzentrazio-izaera aztertu bada ere, ondoren, filial komuna merkatuarekin bateragarria ote den erabaki beharko da. Horretarako bi azterketa-mota egingo dira. Batetik, *merkaturak dominatzeko arriskua* baloratuko da (ik. Erregelamenduko 2.2 eta 2.3 art.) eta, bestetik, *lehiatzeko portaera koordinatzeko arriskua* (2.4 art.).

Merkatu komunarekin bateragarri deklaratuko dira, egoera menperatzailearik sortu eta indartzen ez dituzten kontzentrazioak. Egoera menperatzaileen bultzatzaileak, aldiz, merkatu

komunarekin bateraezinak izango dira eta, ondorioz, debekatu egingo dira. Proiektu hauek ez dute burutzeko baimenik lortuko Komisioarengandik. Batareazintasuna deklaratzeko, ez da beharrezkoa merkatuan egoera menperatzailearen abusu-rik jazotzea, (EE) 82.artikuluaren arautzen den legea. Kontzentrazioa debekatzeko, egoera menperatzailearen sortzea edo bultzatzea nahikoa da. Dena den, egoera horrek nolabaiteko eragin nabarmena izan behar du. Beste era batera esanda, merkatuko zati esanguratsu batean, lehia efektiboaren garatzea eragotzi beharko du. Gainera, debekua erabakitzeko, egoera menperatzaileak kontzentraziozko operazioaren ondorio izan beharko du, noski. Horrela, kontzentrazioen kontrolak prebentziozko funtzioa betetzen du, horren arriskutsuak diren egoera menperatzaileen sorrera artifizialetan geldiarazten du.

Beste kontu bat kartelizazio-arriskua baloratzea da, hau da, lehiatzeko portaera koordinatzeko arriskua. Elkarren arteko enpresen sortzeak bestelako itunak ere egitea eskatu ohi du. Itun ugari inguratzen zaio horrelako eragiketari. Usu, itun horiek lehia murriztearen efektua ekartzen dute. Zein neurri hartu behar da, orduan? Lehen, lehiatzeko koordinazio izpiren bat antzemateak eragiketa osoa kontzentrazioen eremutik at uzten zuen eta, ondorioz, kartelen araudia (EE 81.art.) aplikatzeko egoeraren menpe.

Orain, berriz, ez da halakorik gertatzen. Eragiketaren zati estrukturalari, kontzentraziozko eragiketa den heinean, kontrol-prozedura berezia aplikatuko zaio eta, gainontzeko itunei, berriz, kartelen araudia, baldin eta, lehiagan sortzen dituzten efektuengatik, hala badagokio. Beraz, eragiketa osoaren diseinua egin beharra dago, zati estrukturala eta estrukturala ez dena bereizteko. Eragiketa hauek, kartelezko ondorioak ere izan arren, kontzentrazioen kontrolerako prozeduraren arabera aztertuko dira. Baina, prozedura horren barruan, ikusiko da, zenbait ondorio ezezkor garaizteko, lehia babesteko bestelako arauak ere (EE 81 eta 82. art.) aplikatzea komeni ote den.

Hau berrikuntza handia izan da, eta oso positiboa gainera. Lehengo sistemari so egiteak, kontzentraziozko eragiketa asko Erregelamenduko aplikazio-eremutik at uztea ekarri zuen. Hala gertatzen zen *joint venture* baten sorreran matrizeen arteko lehiatzeko koordinazio-aztarnaren bat ikusten zen bakoitzean. Gaur egun, berriz, elkarren arteko enpresen kontrola egiteko metodoa aldatu egin da, lehen ez zuen malgutasuna eman. Eragiketa hauek kontzentrazio eta kartelen elementuak bil ditzaketenez, tratamendu berezia galdatzen dute, nahitaez, eta halaxe egin da. Kontzentrazioen kontrolerako prozeduraz eta bere abantailaz baliatuko dira, printzi-

46. Ik. (EE) 1310/97 Erregelamenduko 1.3 artikulua, (EEE) 4064/89 Erregelamenduko 3.2 artikulua testua aldatzen duena.

pioz. Dagozkion galdapenak betez gero, kontrol berezi horren bidez baliatzeko modua izango dute. Baina, kontzentrazioaz gain, kartelizazioaren arriskurik antzeman ez gero, prozedura horretan bertan, kartelen araudia aplikatzeko aukera ere irekitzen da. Hauxe da, gainera, esperientzia berriaren emaitzak baloratu ondoren, Komisioak mantendu duen iritzia, 2001.12.11.ean publikatu duen (EEE) 4064/89 Erregelamenduaren berrikuspenaren inguruko Liburu Berdean⁴⁷.

4. Ondorioak

Merkatuan jarduten duten subjektuek (enpresek) elkarren artean loturak ezartzeko joera dute. Baina, zoritxarrez, joera horrek, merkaturako ekonomia-sistemarentzat funtsezkoa den lehiatzeko jokia murriztea dakar. Lehiarentzako arriskutsuak diren eragiketen artean daude kartelak eta kontzentrazioak. Bata eta bestearentzako zuzenbideak neurri desberdinak ezartzen ditu: kartelentzat, debekua, eta kontzentrazioentzat, berriz, kontrol-prozedura. Baina badira zenbait estrategia, kartelen eta kontzentrazioen elementuak bil ditzaketenak. *Joint venture*, filial komun edo elkarren arteko enpresak dira, lehiaren ikuspegitik, eragiketa konplexuak. Hauei eman beharreko tratamenduak, EEE Hitzarmenaren eremuan, aldaketa ugari jasan izan du soluzio egokiaren bila. Azkenean, konponbide aproposa aurkitu dela dirudi. Eragiketa hauen kontrolerako malgutasunez jokatzeko erabaki da. Kontzentrazioaren elementu tipikoak biltzen dituztenak, kontzentrazio-prozeduraren arabera kontrolatuko dira, printzipioz. Dena den, honek ez du galaraziko, komenigarri ikusten bada, prozedura horretan bertan, eragiketaren zati bati edo batzuei kartelei dagokien araudia aplikatzea. Amaitzeko, esan behar da soluzio hau ez dela guztiz berria. Ikatz eta Altzairuaren Erkidegoko Hitzarmenaren eremuan aplikatu zen jada, neurri handi batean. Orduan, noski, sektore ekonomiko horietan lehia babesteko interes handia zegoen eta, horregatik, lehiaren araudiari arreta berezia eman zitzaion. Orduan lortutako maila tekniko-juridikoa asko galdu zen Europar Ekonomia Erkidegoaren Hitzarmenaren eremuan. Ikusi bezala, ia mende erdi bat behar izan da konponbide malgu eta egokia topatzeko.

47. Livre Vert sur la révision du Règlement (CEE) 4064/89 du Conseil, présenté par la Commission, le 11.12.2001, COM (2001) 745/6 final.

ALTZELAI ULIONDO, Igone. *Joint venture* edo elkarren arteko enpresen kontrola, lehia babesten duen Zuzenbide Komunitarioan. *Eleria*. 9, 2002, 5-23

